This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

**Informazioni su questo libro**

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

**Linee guide per l'utilizzo**

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

**Informazioni su Google Ricerca Libri**

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 731 749

ibreria NARDECCHIA
ROMA

HARVARD LAW LIBRARY

Received FEB 9 1927

Italy

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

UNIVERSITÀ DI TORINO

*Anno scolastico 1904-05*

1-4

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 3

1905

Fascicolo 1°

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 3

1905

Fort
B546

FEB 9 '27

# LE OBBLIGAZIONI

## PARTE SPECIALE

### I.

### Contratti; patti; quasicontratti

## AVVERTIMENTO

1. — La materia si svolge secondo le note distinzioni e categorie, esposte nella *Parte generale* del Trattato delle *Obbligazioni*:

*Contratti formali* e *contratti non formali* o *materiali* o *causali*, come si usa dire dai moderni; i quali ultimi contratti si suddistinguono in *reali*, *innominati*, *consensuali*.

*Patti vestiti* e *patti nudi*.

*Quasicontratti*.

Uno sguardo storico e sistematico complessivo si ritiene dato nell'anzidetta *Parte generale*; come pure in questa reputasi esaurito l'argomento della *pollicitatio*.

# CAPITOLO PRIMO

## I. contratti formali *

2. — I *contratti formali*, i più antichi, sono quelli in cui il consenso deve manifestarsi in una certa forma.

Sono: il *nexum*; il *contratto verbale*; il *contratto letterale*. — Il *contratto verbale* comprende tre figure od istituti: la *dotis dictio*; il *iusiurandum liberti*; la *stipulatio*.

Noi tratteremo, prima del *nexum*, indi, successivamente, della *dotis dictio*, del *iusiurandum liberti*, della *stipulatio*, e in fine ci occuperemo del *contratto letterale*.

---

* Lavoro molto importante, anche oggi buono ed utile, è Gneist *Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts in Vergleichung mit den Geschäftsformen des griech. Rechts* [I contratti formali del più recente dir. rom. confrontati colle forme obblig. del dir. greco] Berlin 1845. Dà parecchie notizie sulla storia dei contratti formali del diritto romano Buckler *The origin and history of contract in roman law down to the end of the republican period* [Origine e storia del contratto nel diritto romano sino alla fine del periodo repubblicano] London 1895. Recente Brocher *Le contrat formel* nella *Revue générale du droit*, vol. 25 [a. 1901] pag. 27 e segg.

Si ricordi fin d'ora che soltanto il *iusiurandum liberti* e la *stipulatio,* fra i contratti formali, sussistono nel diritto giustinianeo.

## § 1.

## Il nexum *

Nozione — Efficacia (pag. 13) — Scomparsa (pag. 16)

3. — NOZIONE. Il *nexum* o *nexus* (1) è il più antico contratto del diritto privato romano; probabilmente ri-

---

* Fra le monografie meno recenti è sempre da citarsi Huschke *Ueb. das Recht des Nexum u. das alte röm. Schuldrecht* Sul nexum e sull'antico diritto obbligat. romano] Leipzig 1846. — Scritti recenti: Eusebio *Contributo alla teorica del nexum e del mancipium nel dir. rom.* nella *Giurisprudenza Ital.* vol. 47 [a. 1895] p. 4 col. 291 e segg; varii articoli nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* [Rivista della fondazione Savigny per la storia del diritto] Röm. Abth. [Sez. rom.] vol. 22 [a. 1901] p. 96 e segg. e vol. 23 [a. 1902] pag. 1 e segg. con aggiunta a pagg. 429-430, pag. 84 e segg., pag. 348 e segg., rispettivamente di Mitteis, Bekker, Lenel, Mommsen, ai quali aggiungasi Naber in una delle ultime puntate delle sue preziose *Observatiunculae de iure rom.* nr. 89 pagg. 4-6, estr. dalla Rivista *Mnemosyne* N. S. vol. 31 [a. 1903] pagg. 214-216; Roby *Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines* [Diritto priv. rom. nell'età di Cicerone e degli Antonini] Cambridge 1902 in una speciale Appendice al vol. 2, pag. 296 e segg.; Schlossmann *Altröm. Schuldrecht u. Schuldverfahren* [Diritto obbligatorio e relativo procedimento nell'antico giure rom.] Leipzig 1904 (recensione di G. Lumbroso nell'*Archivio Giurid.* vol. 72 [a. 1904] pagg. 168-169) cui fa già seguito un supplemento col titolo *Nexum, Nachträgliches zum altröm. Schuldrecht,* Leipzig 1904. — Vedi poi e confronta il Corso del prof. Carle *Le origini del dir. rom.* Torino 1888 pag. 196 e segg. e pag. 479 e segg.

(1) La prima forma è costante presso i giuristi. Per la seconda forma vedi p. es. Cicero *Topic.* 5.28.

sale ad un'epoca anteriore alla fondazione di Roma. Presto cade in disuetudine. — Non si rimane quindi meravigliati per ciò che sul medesimo non si abbia tal copia e chiarezza di notizie da consentirne una dottrina sicura e particolareggiata. E questo dobbiamo dichiarare anche oggi, malgrado gli studî speciali recentissimi pubblicati da dotti eminenti, come si vede nella bibliografia da principio indicata.

4. — La parola *nexum* (*nexus*) ha duplice significato. In largo senso equivale a *gestum per aes et libram* in generale; e perciò comprende anche la *mancipatio*. In senso stretto, che è quello che a noi interessa, indica l'atto *per aes et libram* che serve a dar origine ad un rapporto obbligatorio; e si distingue perciò specialmente dalla *mancipatio*, che è pure atto *per aes et libram* ma servente invece a trasmettere la proprietà.

Varro *de lingua lat.* 7. 105: « Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit; nam id est, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum... » (1).

---

1) In Bruns *Fontes iuris romani antiqui* 6ª ediz. curata da Mommsen e Gradenwitz, Friburgi i. Br. et Lipsiae 1893, parte 2 pag. 62. Ma alla lezione *praeter quae mancipio dentur* in generale accolta, dietro la guida di Niebuhr, credo da preferirsi, come da ultimo anche in Lenel (citato a pag. 7 n. *, ivi pag. 94) l'altra *praeter quam [quod] mancipio detur*; come forse, parimenti con Lenel, è da escludersi l'*est* (anche questo in generale ammesso) nella proposizione finale, che è comunque strana ed oscura. Lascio da parte altre lezioni proposte, meno accettabili

Fest. *de V. S.* ad voc.: « Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcunque per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio » (1).

L'esistenza di un atto *per aes et libram* donde deriva un'obbligazione e che dicesi *nexum* apparisce qui chiaramente e concordemente ammessa; mentre poi Manilio e Gallo Elio, a differenza di Q. Mucio approvato da Varrone, affermano inoltre la possibilità di un significato più largo della parola *nexum*, che è quello sopraindicato di *negotium per aes et libram* (2).

Il *nexum* contratto obbligatorio si presenta ancora chiaramente in Festo v. *nexum aes*: « *Nexum aes* apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur » (3).

Tale concetto e significato del *nexum* traspare pure chiaramente dallo stesso significato generale delle relative espressioni (4). — Aggiungansi infine le dichiarazioni

---

1) In Bruns *Fontes* cit. a pag. 8 n. 1, p. 2 pag. 17.

2) Il che viene confermato dall'esame degli autori non giuridici. Così specialmente leggiamo in Cicerone *de orat.* 3. 40. 159 « nexum quod per libram agitur » e *Top.* 5. 28 « abalienatio est eius rei, quae mancipi est, aut traditio alteri nexu, aut in iure cessio ». Ma vedi di più anche Gaio 2. 27 « admonendi sumus ... provincialis soli nexum non esse ».

3) In Bruns *Fontes* loc. cit. in n. 1.

4) Confronta i lessici generali e quelli particolari giuridici, v. *nexum, nexus, nectere.* Particolarmente vedi Festo ad v. *nectere* « Nectere ligare significat ».

(Diamo qui l'indicazione dei migliori lessici giuridici, cui più volte avremo da rinviare in questi nostri appunti: Brissonio *De verbor. quae ad ius civile pertinent signif.* Lugduni 1559; da ultimo migliorato ed accresciuto da Eineccio e Boemero, Halae

degli scrittori antichi che considerano e rappresentano i *nexi* come debitori.

5. — Il contratto di *nexum*, venendo concluso *per aes et libram*, richiede necessariamente, di sua natura, il noto relativo cerimoniale.

Di ciò possiamo trovare anche conferma e particolare descrizione in Gaio, 3. 173-174; il quale ci parla della *solutio per aes et libram*, dice che ha luogo anzitutto nel caso in cui « quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit », e così ne dà ragguaglio: « Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: *quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra; hanc tibi libram primam postremamque expendo* secundum legem publicam (1). Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa » (2).

Da questa descrizione del modo con cui il *nexum* si estingueva si arguisce con sicurezza e facilità il modo di conclusione del medesimo; sapendo tutti che nell'antico diritto i vincoli contrattuali si scioglievano con

---

1743. — Dirksen *Manuale latinitatis fontium iur. civ. Roman.* Berolini 1837. — Heumann *Handlexicon zu den Quellen des röm. Rechts* [Dizionario manuale delle fonti del diritto romano] 8ª ed. curata da Thon, Jena 1895).

1) Queste tre ultime parole sono la restituzione generalmente fatta in base alle poche lettere decifrabili nel manoscritto. Havvi chi critica e propone invece « lege iure obligatus ». Vedi Cuq *Les institutions juridiques des Romains*, Paris 1891-1902 vol. I pag. 295 n. 1.

2) Adde § 175.

forme solenni inversamente corrispondenti a quelle onde venivano costituiti.

6. — Come nella *mancipatio,* così nel *nexum* la pesatura del metallo dapprima dovette essere reale; chè anticamente, si sa, non eravi la moneta, ma facevano funzione di questa, di volta in volta, verghe contrassegnate di rame (*aes rude, signatum*) le quali si pesavano solennemente e pubblicamente. — In questa prima fase il *nexum* non è soltanto contratto formale, ma anche reale.

Col sorgere della moneta coniata dallo Stato (*pecunia forma publica populi romani percussa et signata*) la pesatura del metallo diventa, quale la presenta Gaio nell'*actus contrarius*, fittizia o simbolica, puro vestigio di ciò che prima era stato realtà; si fa con un semplice pezzetto di bronzo (*rauduscolum*) o con una singola moneta (*as*); la consegna (*numeratio*) del denaro avviene all'infuori del *gerere per aes et libram.* — In tale fase ulteriore il *nexum* è esclusivamente contratto formale.

Ed in tale fase ulteriore — in cui la numerazione del denaro, divenuta estrinseca all'atto vero del *nexum*, può anche non aver luogo — è da ritenersi che il *nexum*, che nell'inizio ci apparisce come un reale od effettivo mutuo solenne, si sia allargato; divenendo un modo solenne di dar origine, sotto la forma del mutuo, ad un vincolo obbligatorio qualsiasi (p. es. costituzione di dote, promessa di donare) avente per oggetto una somma di denaro [1]. — Analogamente la *mancipatio,* che

---

[1]) Od anche forse una quantità certa di cose fungibili; arg. l'*actus contrarius* in Gai. 3. 175. Vedi in materia anche Cuq *Les*

in origine ha carattere e funzione di vendita a contanti, si trasforma quindi in modo generale di acquistare la proprietà, sotto il simulacro della compravendita.

7. — Alla pesatura, reale dapprima e poscia fittizia, del metallo si accompagna una dichiarazione orale solenne della parte da cui il metallo proviene, onde quest'ultima afferma il diritto di credito sorgente in suo favore; di che pure possiamo trovare il riscontro nell'*actus contrarius* descrittoci da Gaio [1]. In questa specifica constatazione sta l'elemento differenziale in confronto della *mancipatio*; dove la corrispondente dichiarazione orale dell'acquirente, conforme al diverso scopo ed alla diversa funzione dell'atto, afferma invece il nascere del diritto di proprietà [2]. — Le parole della suddetta dichiarazione contenuta nel *nexum* sono ignote.

Quanto all'altra parte, essa è da ritenersi assenziente in modo tacito.

8. — In base alla nota disposizione della legge delle dodici tavole « cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto » [3], potevano aggiungersi al *nexum*, del pari che alla *mancipatio*, speciali determinazioni accessorie, come la convenzione di interessi, l'indicazione del luogo o del tempo di paga-

---

*instit. jurid.* cit. a pag. 10 n. 1, vol. 1 pag. 377 n. 1 e Girard *Manuel élém. de droit romain* 3ª ed. Paris 1901 pag. 475 n. 3.

[1]) Vedi pag. 10.

[2]) Gai. 1. 119 « is qui mancipio accipit, rem (*aes?*) tenens ita dicit; *hunc ego hominem ex iure quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* ».

[3]) 6. 1 (In Bruns *Fontes* cit. a pag. 8 n. 1, p. 1 pag. 24, ed in Girard *Textes de droit romain* 3ª ed. Paris 1903 pag. 15).

mento, e simili; i quali accordi avevano valore, purchè naturalmente non fossero in contrasto coll'essenza del negozio principale e venissero oralmente dichiarati.

9. — EFFICACIA. Gravissima era l'efficacia del *nexum*. Se il debitore non pagava alla scadenza, egli era addirittura equiparato al debitore *iudicatus*. Il creditore, senza bisogno di muover lite ed ottenere sentenza di condanna, aveva facoltà, trascorsi i *triginta dies iusti* concessi anche al *iudicatus*, di *lege agere per manus iniectionem*; vale a dire in forza del semplice contratto non eseguito poteva svolgersi contro il debitore la procedura esecutiva, coi suoi stadî e colle sue forme (1).

10. — Tale efficacia esecutiva del *nexum*, ancorchè pur da ultimo vigorosamente combattuta (Mitteis e Schlossmann, citati a pag. 7 n. *), risulta anzitutto da numerosi passi di autori antichi relativi alla questione, famosa nella storia romana, degli individui imprigionati per debiti. — Questi passi segnalano due classi distinte di debitori nella suddetta sfortunata condizione, gli *iudicati* ed i *nexi*. Se ne arguisce giustamente che i *nexi*, vale a dire i debitori obbligati per via di *nexum*, erano appunto equiparati ai debitori *iudicati* e contro di essi erasi potuta compiere la *manus iniectio* senza bisogno di giudizio e condanna (2).

---

1) *Manus iniectio; addictio* da parte del magistrato in mancanza di pagamento o di intervento di un *vindex*, il quale impugnasse la validità della esecuzione; detenzione per 60 giorni, trascorsi i quali senza pagamento o composizione amichevole il creditore aveva diritto di uccidere o vendere *trans Tiberim* il debitore.

2) È da rilevarsi specialmente fra gli anzidetti passi quello di

In secondo luogo noi vediamo che, all'infuori del *nexum* in stretto senso, gli altri casi di estinzione *per aes et libram* del vincolo obbligatorio (obbligazione *ex causa iudicati*, obbligazione derivante dal legato *per damnationem*) (1) sono casi di *manus iniectio*. Non è dunque arrischiato ritenere che anche nel primo o principale caso di *solutio per aes et libram*, quello del *nexum*, vi fosse parimenti luogo alla *manus iniectio*.

Aggiungiamo infine che non manca il valido sussidio del diritto comparato (2).

11. — Ora è ragionevole domandare: Come si spiega l'anzidetta rigorosa efficacia del *nexum*?

Se ad alcuni pare sufficiente di richiamarsi al fatto che il negozio si conclude *per aes et libram*, onde l'impegno risulta assunto colla partecipazione della collettività, con pubblico controllo e pubblica garanzia — la dottrina dominante crede che il ricercato fondamento del singolare effetto del *nexum* stia più particolarmente nella dichiarazione orale solenne del creditore che va congiunta alla pesatura, prima reale e poscia simbolica, del metallo. In tale dichiarazione è da ritenersi contenuta una *damnatio* contro il debitore: *damnas* (3) *esto*. Infatti Gaio, descrivendoci l'estinzione *per aes et libram* del vincolo obbligatorio nel brano trascritto (4), fa dire

---

Dionisio d'Alicarnasso 6. 83. 4, che riferisce il progetto di transazione proposto da Menenio Agrippa alla plebe.

1) Gai. 3. 173-175 cit.

2) Vedi le citazioni varie in Girard *Manuel* cit. a pagg. 11-12 n. 1, pag. 477 n. 2.

3) Forma antica per *damnatus*.

4) Vedi pag. 10.

al debitore: « quod ego tibi tot milibus condemnatus sum... ». E se nei due casi di obbligazione *ex iudicati causa* e obbligazione in forza del *legatum per damnationem* la *damnatio* proviene rispettivamente dal giudice e dal testatore, nell'altro caso di *solutio per aes et libram* indicatoci da Gaio, ossia nel nostro caso del *nexum*, la *damnatio* evidentemente deve derivare dal creditore [1].

12. — Altre spiegazioni furono date. Di queste, una specialmente, perchè diffusa e perchè tende a mantenersi presso scrittori autorevoli, va riferita.

Secondo tale dottrina, l'efficacia esecutiva del *nexum* deriverebbe da una automancipazione del debitore al creditore, preventivamente e condizionatamente fatta, in garanzia del pagamento del debito contratto [2]. — Ma qui sorgono gravi dubbî e si elevano forti obbiezioni.

---

[1]) Ha pagine interessanti sulla *damnatio*, in particolare confermata esistente nel *nexum*, il lavoro recente, dotto e geniale, di Huvelin *Les tablettes magiques et le droit romain* (extrait des *Annales internat. d'histoire*) Macon 1901 pag. 33 e segg. L'A. concepisce la *damnatio* come una specie di *devotio*; il senso originario di *damnare* è quello di *vincolare legare* (cfr. δαμνάω); alla primitiva sanzione nel *caput* (*sanctio capitis*) sottentra la *manus iniectio*. Vedi anche i noti lessici delle fonti (Brissonio, Dirksen, Heumann; indicati completamente a pagg. 9-10 n. 4) ad voc., come pure il vocabolario storico-giuridico in Cogliolo *Storia del dir. priv. rom.* Firenze 1889 (Manuali Barbera) vol. 2 pagg. 182-183; da ultimo Girard *Histoire de l'organisation judic. des Romains* I, Paris 1901, pagg. 91-92 n. 2.

[2]) Vedi p. es. Maynz *Cours de droit romain* 4ª ed. Bruxelles 1876-77 vol. 1 pag. 457 e vol. 2 pagg. 298, 346-347, 595 e segg. L'idea rimonta al Niebuhr. La si ritrova poi anche presso autori molto recenti.

Si può mancipare la propria persona? si può mancipare sotto condizioni o a termine? Con tale dottrina non riusciamo più a giustificare la *manus inectio*; data la *mancipatio*, il creditore dovrebbe avere invece un'azione reale, una *vindicatio*. Ed è pure in contrasto la dichiarazione di essere stato *condemnatus* che nel brano di Gaio vediamo fatta dal debitore, liberandosi dal vincolo; ammessa la *mancipatio*, egli dovrebbe dichiarare di essere stato *mancipio datus*. La suddetta dottrina ha l torto fondamentale di confondere *nexum* e *mancipatio*, forzando l'analogia dei due atti e non distinguendo bene il duplice significato e concetto dell'istituto del *nexum* (1).

13. — SCOMPARSA. Il rigore del *nexum*, non meno dell'*ager publicus*, diede origine a lunghe ed aspre lotte fra i patrizî, creditori, ed i plebei, debitori; fin tanto che fu fatta la *lex Poetelia*, della prima metà del quinto secolo (2).

Questa legge la quale mitigava in generale il sistema di esecuzione, proibendo di tenere in ceppi i debitori insolventi, toglieva poi al *nexum* la forza esecutiva, stabilendo che per l'esecuzione fosse necessario il giudizio contro il debitore e la condanna del medesimo.

---

1) Vedi pagg. 8-9.

2) Circa l'epoca precisa havvi discordia negli stessi antichi autori; venendo tale legge attribuita da Varrone (*de lingua lat.* 7. 105, cit. a pag. 8, seguitando) ad un dittatore C. Poetelius del 441 e da Tito Livio invece (8 28) a C. Poetelius console per la terza volta insieme a L. Papirius Mugilanus o Cursor nel 428. Questa seconda testimonianza sembra preferibile ed è in generale accolta.

Ne dà conto specialmente Livio [1] dichiarando che per tal legge parve nel concetto popolare che fosse scosso un aspro giogo e si aprisse un'era novella di libertà: « Eo anno plebei Romanae velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt... nexi soluti cantumque in posterum ne necterentur » [2]. Aggiungi Cicerone [3]: « ... omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum » [4].

---

[1]) loc. cit. nella nota precedente.

[2]) Le parole non riprodotte si riferiscono più specialmente a quella parte della legge onde fu mitigato il sistema di esecuzione. Esse hanno dato luogo a discussione; la quale oggi ancora non è completamente cessata. Però è da tutti abbandonata la dottrina che la *lex Poetelia* non avesse soltanto temperata l'esecuzione personale vigente, ma l'avesse addirittura abolita, sostituendovi l'esecuzione sui beni. Questa dottrina è assolutamente insostenibile, ancorchè, convien riconoscerlo, le espressioni di Livio in un punto (« pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset ») a primo aspetto la suggeriscano. Più ampiamente vedi Padelletti-Cogliolo *Storia del dir. rom.* Firenze 1886 pagg. 257-258 e 341-342 e Carle *Origini* cit. a pag. 7 n. *, pagg. 483-484.

[3]) *De republ.* 2. 34.

[4]) La legge, come si vede qui e del pari in Livio, contempla anche coloro che sono già nella condizione di *nexi*, per liberarli. Però il passo di Varrone, citato a pag. 16 n. 2, appone una riserva o condizione « et omnes *qui bonam copiam iurarunt*, ne essent nexi, dissoluti ». Su ciò si discute, chiamando anche in confronto la Lex Iulia municipalis lin. 113-114 (in Bruns *Fontes* cit., p. 1 pagg. 110-111 ed in Girard *Textes* cit. a pag. 12 n. 3, pag. 85) dove si ritrova la medesima frase. Le interpretazioni divergono assolutamente. Secondo alcuni autori, furono liberati quei debitori i quali poterono dichiarare con giuramento la propria solvenza; secondo altri, all'opposto, quelli che poterono giurare di non aver con che pagare i loro creditori. (In questa seconda interpretazione *iurare* è preso per *eiurare*, ossia *negare*

Se il *nexum* non fu dalla detta legge abolito — onde, almeno in teoria, Gaio può considerarlo ancora esistente nel brano più volte citato — d'altra parte, avendo perduto per essa la sua speciale energica efficacia, ossia avendo cessato di essere titolo esecutivo, decadde dall'uso, come si vede appunto nei passi ora trascritti. Già in Plauto ed in Catone non ve ne ha più traccia. Prevalsero forme più semplici di contratto, già esistenti o che non tardarono a venire civilmente riconosciute.

## § 2.

## Il contratto verbale

### *A)* La dotis dictio

Il contratto verbale in generale.
*La dotis dictio* — Nozione (pag. 20) — Persone. Giustificazioni (pag. 24) — Tempo. Dottrine diverse (pag. 28) — Contenuto ed effetti (pag. 32) — Scomparsa (pag. 33)

14. — Il contratto verbale in generale. Il contratto verbale — *verborum obligatio* [1]; *verbis con-*

---

*con giuramento*; cfr. Cic. *ad familiares* 9. 16 « bonam copiam eiurare » e Fest. v. *Eiuratio*, in Bruns *Fontes* cit., p. 2 pag. 8 « Eiuratio significat id, quod desideretur, non posse praestari »). Ma sì l'una che l'altra interpretazione danno luogo a dubbî. Al quàl proposito conviene soggiungere esservi anche chi addirittura crede non riferirsi il passo di Varrone alla nostra *lex Poetelia*, bensì ad una *lex Popillia*, che sarebbe fatta sotto la dittatura di Silla; ma tale opinatore, ancorchè autorevole (Voigt), è rimasto isolato, ed è l'avviso suo infatti privo di buon fondamento. Cfr. e vedi per tutto l'opera di Cuq *Instit. jurid.* cit. a pag. 10 n. 1, vol. 1 pagg. 589-590.

[1]) Gai. 3. 93 e 136; I. *de verborum obligatione* 3. 15 [16] e D. *de verborum obligationibus* 45. 1.

*trahitur* (*fit*) *obligatio* [1] — comprende, come già si disse, tre specie o forme di contratto: la *dotis dictio*; il *iusiurandum liberti*; la *stipulatio*. Quest'ultima specie, di applicazione generale, è la più importante; le altre due, relative a casi e rapporti particolari, appaiono secondarie in suo confronto, ed una di esse, la *dotis dictio*, più non esiste nel diritto giustinianeo.

Il titolo speciale *de verborum obligationibus* del Digesto (45. 1) parla esclusivamente della *stipulatio* [2]. I testi pertinenti al *iusiurandum liberti* che provano la sussistenza di quest'istituto nel giure giustinianeo sono frammenti accolti in altri titoli del Digesto [3]. — È strano che il titolo speciale *de verborum obligatione* delle Istituzioni (3. 15 [16]) non nomini il *iusiurandum liberti*; e, di più, dato il carattere didattico che hanno le Istituzioni giustinianee pur essendo opera legislativa, potevasi forse attendere che in detto titolo anche dell'altra *verborum obligatio* omai tramontata, ossia della *dotis dictio*, si facesse cenno; non mancano in quelle Istituzioni ricordi e cenni storici. — Gaio tratta della *verborum obligatio* nel libro 3 §§ 92 e segg. delle sue Istituzioni. Anzitutto parla della *stipulatio*. Prima ancora che si compia l'esposizione di questa, il manoscritto è lacunoso; può completarsi colla *Epitome* contenuta nel Breviario Alariciano, 2. 9. §§ 3-4.

Noi riserbiamo per ultima la trattazione della *stipu-*

---

[1]) Gai. 3. 89 e 92; pr. I. h. t. e § 2 I. *de obligation.* 3. 13 [14]; L. 1 §§ 1 e 7 D. *de O. et A.* 44. 7.

[2]) Cfr. nel Cod. 8. 37 [38] la rubrica *de contrahenda et committenda stipulatione.*

[3]) Specialmente sono passi del titolo *de operis libertorum*: 38. 1.

*latio*. In questo paragrafo e nel successivo diciamo rispettivamente della *dotis dictio* e del *iusiurandum liberti*, i minori contratti verbali.

15. — *La dotis dictio*. * NOZIONE. La promessa di dote — che, come sappiamo, è già costituzione di dote, al pari della dazion di dote — si distingueva nel diritto classico e più innanzi in *dotis promissio*, se fatta nella forma generale obbligatoria della *stipulatio*, e *dotis dictio*, se fatta in una forma specifica.

Ulp. 6. 1: « Dos aut datur *aut dicitur* aut promittitur » (1).

16. — La *dotis dictio*, che sola a noi ora interessa, era un contratto solenne verbale, in cui una delle parti, il costituente la dote, faceva una dichiarazione espressa, e l'altra, sposo o marito oppure *paterfamilias* del medesimo, assentiva d'ordinario tacitamente, colla semplice sua presenza.

---

* Lo scritto speciale più recente è Bernstein *Zur Lehre von der dotis dictio* [Contrib. alla dottrina della dotis dictio] inserito in *Juristische Abhandlungen, Festgabe für G. Beseler* [Monografie giurid. in onore di G. Beseler] Berlin 1885 pag. 79 e segg. Da ultimo v. *Dictio dotis* nella *Paulys Real-Encyclop. der class. Altertumswiss.* [Enciclop. dell'antichità classica] 2ª ed. di Wissowa vol. 5 p. 1 col. 390 e segg., fatta da R. Leonhard.

1) Cfr. lo stesso Ulp. 11. 20, riferendosi alla lex Iulia de maritandis ordinibus « ad dotem dandam dicendam promittendam » e l. 3 C. Theod. *de incest nupt.* 3 12 « dos... aut data aut dicta aut promissa ». Si osserva che l'ordine di indicazione dei detti tre modi di costituzione di dote è sempre il medesimo, e se ne deduce che forse in tale ordine successivamente sieno sorti; cfr. da ultimo Perozzi *Le obbligazioni romane* Bologna 1903 pag. 85 nota.

Nell'Epitome di Gaio [1] è detto appunto che la *dotis dictio* avviene mediante pronuncia di parole di una parte sola, quella che si obbliga: « Sunt et aliae obligationes quae nulla precedente interrogatione contrahi possunt, id est ut si mulier sive sponso uxor futura sive iam marito dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus quam de fundis fieri potest...». E le parole « item uno loquente » che si possono leggere nel manoscritto dell'opera originaria, qui [2] manchevole come si disse, confermano la notizia.

La dichiarazione dell'*unus loquens* era di tenore assertorio (*doti tibi erit, erunt*) e non promissorio; come può riscontrarsi nelle Pandette [3].

Che l'atto poi fosse formale, risulta dalla testimonianza più sopra accennata di Gaio, il quale annovera la *dotis dictio* fra le *verborum obligationes*, nonchè dai passi ora citati delle Pandette, dove troviamo sempre la stessa anzidetta formula; e risulta ancora dalla L. 4 C. Theod. *de dotibus* 3. 13 (la nota costituzione di Teodosio e Valentiniano circa la *dotis pollicitatio*) in cui si contrappongono la *dictio* o *promissio*, fino allora necessarie, ai « qualiacumque verba » che a partire da questa costituzione bastano per la promessa dotale: « Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio

[1]) loc. cit. a pag. 19.

[2]) 3. 95, 95[a], 96.

[3]) LL. 25, 44 § 1, 46 § 1, 57 e 59 pr. D. *de iure dotium* 23. 3; L. 125 D. *de verbor. signif.* 50. 16; ridando a questi passi la forma ed il valore che aveano in origine. Un brano di Terenzio, in aggiunta, vien citato poco più avanti a pag. 24.

in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta » (1).

17. — La *communis opinio*, da noi seguita nella nozione o definizione data dianzi, può dirsi intermedia fra due teoriche diverse: una affermante che la *dotis dictio* non era un contratto, ma un atto unilaterale, una semplice *pollicitatio* (2); l'altra la quale non solo riconosce nella *dotis dictio* un contratto, ma crede fosse necessaria una accettazione *espressa* da parte del marito.

Contro la prima dottrina stanno decisamente le Istituzioni di Gaio, le quali indicano le obbligazioni verbali come una delle categorie di obbligazioni che « ex *contractu* nascuntur » e fra le obbligazioni verbali enumeravano e descrivevano, nella parte lacunosa del manoscritto, anche quella derivante da *dotis dictio* (3); non potendosi approvare la interpretazione onde si afferma che nella « summa divisio » gaiana di obbligazioni provenienti « ex contractu vel ex delicto » (4), la parola *contractus* significhi non soltanto *convenzione* obbliga-

---

1) *Interpretatio* ad l. cit. « etiamsi desit stipulatio promittentis et *verba iuridica*, dos valere iubetur »; e cfr. ivi il Commentario di Gotofredo.

2) Così anche Fadda nell'*Archivio Giurid.* vol. 31 [a. 1883] pag. 378 e segg., Brini *Matrimonio e divorzio nel dir. rom.* Bologna 1886-89 p. 1 pagg. 83-84, Cogliolo *Storia* cit. a pag. 15 n. 1, vol. 2 pag. 87; da ultimo Ferrini *Manuale di Pandette* Milano 1900 (ristampato nel 1904; Man. Soc. editr. libr.) pagg. 665-666, Costa *Corso di storia del diritto romano* Bologna 1901 03 vol. 1 pagg. 211-212 e vol. 2 pagg. 227-228, e anche Milone *Schema del corso di storia del dir. rom.* 3ª ed. Napoli 1899 pag. 180 n. 1.

3) 3. 89 e segg.

4) 3. 88. Cfr. anche 4. 2.

toria, ma, più largamente, ogni atto giuridico, anche unilaterale quindi, che può dar origine ad obbligazione [1]. Il tenore asseverativo della *dotis dictio,* conforme alla

[1]) Questa dottrina fu propugnata da ultimo e particolarmente dall'illustre compianto Ferrini; vedi *Manuale di Pand.* cit. a pag. 22 n. 2, pagg. 652-653, dove l'A. indica gli anteriori scritti suoi più diffusi in argomento.

La discussione in proposito va fatta nella *Parte generale* delle *Obbligazioni,* in rapporto alla materia delle fonti di queste. Ci permettiamo tuttavia di esporre il nostro avviso, in senso negativo, e di cercare brevemente di giustificarlo. — Nell'altra distinzione che fa Gaio delle fonti delle obbligazioni, *lib. sec. aureorum* nella L. 1 pr. D. *de O. et A.* 44. 7 (« Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris »). *contractus* è adoperato, anche per riconoscimento inevitabile da parte opposta, nel senso più limitato anzidetto di *pactio* o *conventio*; replicare col criterio temporale o storico, dire con Ferrini che il « divario fra l'antica accezione della parola e la nuova e angusta che si era venuta costituendo, ha indotto il medesimo Gaio nella sua opera posteriore delle *res cottidianae* a modificare la classificazione » ci sembra, con licenza, un ripiego, una scappatoia. Osserviamo ancora come l'argomento principale degli avversarî — costituito dal fatto che Gaio loc. cit. (§§ 90-91) pone nella *obligatio re contracta,* accanto all'obbligazione nascente dal mutuo, quella che deriva dall'indebito pagamento « il quale certo non rientra nel significato ristretto e tecnico di *contractus* » — cade decisamente di fronte all'avvertenza dello stesso Gaio (§ 91) « sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere ». Per effetto di tale avvertenza l'argomentazione si ritorce contro gli avversarî, e se ne ha chiara conferma che la « summa divisio » delle Istituzioni gaiane è di obbligazione derivante da *contratto* e obbligazione derivante da delitto. — Come poi siffatta partizione non sia completa (e completa d'altronde non diventa nemmanco intendendo l' « ex contractu » di Gaio nell'anzidetto largo significato) non è qui il caso di chiarire e discutere.

formula usuale più addietro citata, non esclude, è chiaro, la natura bilaterale dell'atto; come certo non la esclude il fatto che parli uno solo dei contraenti, avendo la passiva partecipazione dell'altro contraente, colla sua presenza, valore e carattere di accettazione. Aggiungiamo che gli esempi di *dotis dictio* che troviamo negli scrittori non giuridici attestano pure trattarsi di contratto. Infine si rifletta pur sempre che la costituzione di dote in generale e quindi anche la *dotis dictio*, produce obbligazioni pel marito; non potrebbe farsi dunque senza la sua accettazione.

La seconda dottrina — quella cioè che vuole che l'adesione del marito dovesse essere espressa — invoca specialmente un brano di Terenzio [1] « *Ch.* Dos, Pamphile, est decem talenta. — *P.* Accipio », che Elio Donato commenta come segue: « Ille nisi dixisset *accipio* dos non esset; datio enim ab acceptione confirmatur, nec potest videri datum id, quod non sit acceptum ». Si cita anche un passo di Seneca [2]: « Multi duxere sine dotibus uxores; quidam dictas non accepere dotes ». — Ma il brano di Terenzio, non prova che l'*accipio* fosse indispensabile; questo tutt'al più può apparire nel commento di Donato. Nè, certo, è escluso il consenso tacito da quanto dice Seneca. Comunque poi, l'*uno loquente* di Gaio deve facilmente prevalere.

18. — Persone. Giustificazioni. Mentre la *dotis promissio* era aperta a chiunque, la *dotis dictio* poteva esser fatta soltanto da certe persone, e precisamente:

---

[1]) *Andr.* 5. 4. 47-48.
[2]) *Controv.* 1. 6. 5.

la donna *sui iuris;* il padre od ulteriore ascendente maschile paterno della donna stessa; anche il debitore di questa, da lei delegato.

*Epitome* cit., seguitando: « Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater eius, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam quam illi debebat sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae nulla interrogatione precedente possunt dictione dotis legitime obligari. Aliae vero personae si pro muliere dotem viro promiserint, communi iure obligari debent, id est ut et interrogata respondeant et stipulata promittant ». — Anche qui ciò che Studemund è riuscito a decifrare nel manoscritto veronese concorda: « *item* si debitor mulieris iussu eius, dum... doti dicat quod debet; alius autem obliga*ri hoc* modo non potest. Et ideo si quis ali*us pro muliere dotem promittere* velit, *com*muni iure obliga*re se debet*, id *est stipulanti viro promittere* » (1).

Ulp. 6. 2: « Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si iussu eius dicat; item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes possunt ».

Fragm. Vatic. 99-100: « Paulus respondit filiam familias ex dotis dictione obligari non potuisse. — Mater pro filia partem dotis dedit, partem dixit; filia in matrimonio decessit relictis filiis ex alio matrimonio; quaero de iure dotis. Paulus respondit eam quae data est

---

1) 3. 96. Ciò che è scritto in corsivo è restituito; cfr. Girard *Textes* cit. a pag. 12 n. 3.

mortua in matrimonio muliere apud virum remansisse, eam, quae dicta est, a matre peti non posse ».

19. — La limitazione della *dotis dictio* alle suddette persone può spiegare, congiuntamente alla particolare forma assertoria della medesima, come questo modo specifico di promessa dotale sia esistito, accanto all'altro modo generale della *stipulatio* la quale era accessibile a tutti.

Nel padre od ulteriore ascendente paterno maschile noi vediamo le persone le quali avevano il maggior interesse che la donna fosse dotata e per le quali, secondo il costume e la considerazione sociale degli antichi, non costituirle una dote era come una specie di *ignominia*. Or bene, riguardo a tali persone l'atto della *stipulatio*, dove formalmente ha l'iniziativa il creditore interrogando, poteva apparire esprimente dubbio sulla *bona fides* e volonterosità loro nell'adempiere l'*officium pietatis* sancito dai *mores*; la *dotis dictio* appariva più conveniente ed anche bastevole dato l'*officium pietatis* esistente.

Quanto alla donna, si può ragionare nella stessa guisa; poichè il costume e la considerazione sociale volevano che la *foemina sui iuris* avente mezzi proprii contribuisse agli *onera matrimonii*.

Havvi ancora il debitore della donna; ma la *dotis dictio* di questo, fatta necessariamente *iussu mulieris*, è solo una specie o modalità della costituzione di dote da parte della donna stessa; onde si ritorna alla spiegazione del caso precedente.

20. -- Ora, appunto sul caso di quest'ultimo capo-

verso, cioè sulla *dotis dictio* proveniente dal debitore della donna, vogliamo in particolare trattenerci [1].

Anche il padre od ulteriore ascendente maschile paterno può costituire una dote mediante delegazione del suo debitore; tuttavia non troviamo testimonianza alcuna che ciò possa aver luogo nella forma della *dotis dictio*; soltanto al debitore della donna è consentita la *dotis dictio*. La spiegazione va quindi cercata in condizioni e rapporti peculiari alla donna stessa.

Quali sono queste condizioni e questi particolari rapporti? Si è pensato alla tutela del sesso, e con notevole probabilità si è visto nella *dotis dictio* proveniente dal debitore della donna un mezzo onde la *mulier sui iuris* poteva costituirsi una dote senza l'*auctoritas tutoris* [2]. Infatti per il relativo *iussus* — cui si limitava la donna, mentre l'atto formale della *dictio* era compiuto dal debitore di lei — l'*auctoritas tutoris* non era necessaria, trattandosi di atto non formale e che non apparteneva ad alcuno dei gruppi di negozî pei quali l'*auctoritas tutoris* era necessaria. Che se un debitore già non vi era, non si durava fatica a trovarlo; e lo spediente poteva ugualmente riuscire. Bastava che la donna desse a mutuo ad una persona di fiducia l'importo che vo-

---

[1]) La detta dichiarazione avrà suonato all'incirca così: *quod Titiae sponsae (uxori) tuae debeo, id Titiae nomine doti tibi erit.*

[2]) Come fosse necessario l'intervento del tutore muliebre particolarmente nella *dotis dictio* lo vediamo in Cic. *pro Flacco* 35. 86 « Doti, quit, Valeria pecuniam omnem suam dixerat. Nihil istorum explicari potest, nisi ostenderis illam in tutela Flacci non fuisse. Si fuit, quaecumque sine hoc auctore est dicta dos, nulla est » e *pro Caec.* 25. 73. Adde Ulp. 11. 20 confrontato con Gai. 1. 178.

leva costituire in dote, non richiedendosi nemmanco per quest'atto l'*auctoritas tutoris,* e quindi *ex iussu mulieris* avvenisse la *dotis dictio* da parte del mutuatario per il detto importo ond'era debitore.

L'ipotesi esplicativa indicata ha notevole probabilità, come dicemmo; e trovasi in armonia colla storia della tutela muliebre, la quale, si sa, sempre più decade ed infine scompare.

21. — TEMPO. DOTTRINE DIVERSE. E' da ritenersi che la *dotis dictio,* al pari della *dotis promissio* e della *dotis datio,* potesse aver luogo sia prima che dopo la conclusione del matrimonio.

Però egregi autori, specialmente tedeschi, hanno affermato che una volta avvenute le nozze alla *dotis dictio* non poteva esservi luogo.

Il che la maggior parte degli scrittori avversa, e con ragione.

22. — Infatti gli argomenti addotti a suffragio di tale dottrina limitatrice, fra i quali spicca quello che le formule conservateci nei testi sono concepite in tempo futuro (*doti erit, erunt*), mostrano soltanto che *ordinariamente* la *dotis dictio* aveva luogo avanti il matrimonio. Ed è così in genere per la costituzione di dote, conforme alla ragionevole pratica abituale della vita, per la quale gli interessi patrimoniali dei coniugi vengono regolati prima del matrimonio e solo circostanze straordinarie possono dar luogo ad una successiva dotazione. Ma una normalità di fatto è cosa ben diversa da una necessità di diritto. — Che la *dotis dictio* potesse seguire pur dopo la conclusione del matrimonio lo attesta chiaramente l'Epitome visigota di Gaio: « si mulier sive

sponso uxor futura sive iam marito dotem dicat ». Nè si potrebbe tor fede a questa dichiarazione, come illegittima, secondo che taluno fra gli avversarî vorrebbe; mentre già ripetutamente (1) abbiamo riscontrato che quanto l'*Epitome* ci riferisce sulla *dotis dictio* è in armonia colle parole lette da Studemund nel manoscritto di Verona (2). — Aggiungi che vi sono passi del Digesto i quali provano la possibilità di costituire la dote per via di *dotis dictio* anche durante le nozze; il che è nuovo argomento ed in pari tempo, confermando la legittimità dell'Epitome gaiana, assicura l'argomento dalla medesima ricavato. Così Africano (8 *quaest.*) nella L. 9 pr. D. *de fundo dotali* 23. 5 dichiara, che se la donna verso cui il marito è debitore di un fondo gli rimette questo debito per via di *dotis dictio*, il fondo con ciò diventa dotale: « si marito debitori fundi id quod debet doti mulier promiserit [dixerit *Afric.*] dotalem fundum effici »; nè certo possiamo ammettere, come in difesa si vorrebbe, che qui « marito » significhi *ora marito* e sia da intendersi perciò, con interpretazione affatto arbitraria e forzata, avvenuta la *dotis dictio* quando quegli era ancora sposo. Parimenti da una nota di Marcello

---

1) Pagg. 21 e 25.

2) Veramente l'Epitome stessa, seguitando, per la *dotis dictio* proveniente dal debitore della donna menziona soltanto lo *sponsus* e non anche il *maritus creditricis*. Ma è da ritenere che questo secondo caso — di *dotis dictio* fatta dopo concluso il matrimonio — non sia escluso. Infatti una volta equiparato il debitore della donna alla donna stessa in riguardo alla capacità della *dotis dictio*, per qual motivo si sarebbe poi limitata tale equiparazione al tempo anteriore al matrimonio?

a Giuliano (6 *Digest.*), che abbiamo nella L. 44 § 1 D. *de iure dotium* 23. 3, risulta nel modo più chiaro che la remissione di un debito per via di *dotis dictio* può avvenire tanto *post nuptias* quanto *ante nuptias*.

Se l'esame delle fonti basta a dimostrare errata la dottrina discussa, nel campo poi del ragionamento generale un perchè, una giustificazione della limitazione affermata non si presenta punto.

23. — Gli anzidetti autori in generale sono giunti alla tesi dimostrata falsa, per derivazione dall'altra loro idea, che la *dotis dictio* non fosse una tto a sè, indipendente, ma fosse una *lex sponsalibus dicta*, ossia una specie di appendice o *pactum adiectum* agli sponsali [1]; ritenuti questi, nell'età antica, produttivi di azione come ogni altra *sponsio*. Quando dagli sponsali non derivò più azione, perchè ogni costringimento al matrimonio apparve sconveniente ed immorale, l'atto accessorio della *dotis dictio*, come quello che aveva soltanto carattere patrimoniale, potè conservare tuttavia efficacia civile e generare azione; il fidanzato, che non aveva più azione per l'adempimento della promessa sponsalizia, aveva pur sempre facoltà, una volta adempiuta volontariamente tale promessa, di pretendere il soddisfacimento dell'accessoria promessa patrimoniale.

Questa opinione viene giustamente combattuta.

Infatti e il *dotem dicere* nelle nostre fonti trovasi sempre indicato come un atto indipendente, di costituzione della dote, e nella descrizione del medesimo, che

---

[1]) In questo senso anche Brini e Costa loc. cit. a pag. 22 n. 2.

specialmente dà Terenzio, non havvi accenno alcuno a correlazione colla *sponsio* degli antichi sponsali; nè, ancora, si saprebbe comunque ammettere un vero e speciale *legem dicere* in materia di *sponsio*. — Si è invocato Terenzio stesso nell'*Heavtontimorumenos* (1), là dove *Chremes* domanda « Ehem Menedeme, quor non arcessi iubes filiam et quod doti dixi firmas? »; intendendo che tal brano si riferisca alla conclusione degli sponsali. Ma invece è alla conclusione del matrimonio che esso allude, per la *firmitas* della *dotis dictio* (2). — Si è rilevata la limitazione della *dotis dictio* appunto alle persone intervenienti negli sponsali. Al che argutamente altri replicava, ricordando tutte le persone da cui poteva provenire l'atto suddetto: Le donzelle romane traevano forse agli *sponsalia* i proprî debitori?

24. — La teoria ora esposta e combattuta, sulla natura ed origine della *dotis dictio*, ci richiama al pensiero un'altra dottrina, che pur nell'idea generale alla prima si avvicina, come riconosce chi la sostiene. La troviamo nello scritto speciale più recente sulla nostra materia, del prof. Bernstein (3). — Anche questo autore reputa che la *dotis dictio* non fosse un atto a sè, ma una clausola od appendice di un altro atto, e precisamente della *coemptio* (*lex coemptioni dicta*), da cui avrebbe attinto la sua forza obbligatoria.

Ora, senza addentrarci nella discussione dei partico-

---

1) 5. 5. 3-4.

2) Confronta nella stessa commedia 5. 1. 75: « Ac iam uxorem ut arcessat paret ».

3) Vedi pag. 20 n. *; per questo punto, ivi pag. 89 e segg.

lari argomenti invocati, basta rilevare in contrario come la suddetta dottrina limiti in modo singolare il campo della *dotis dictio*; esclusa dal matrimonio *farreo*, esclusa poi dal matrimonio *sine manu*, esclusa dopo la conclusione delle nozze. Per siffatte restrizioni non havvi base alcuna nei testi [1].

25. — CONTENUTO ED EFFETTI. Certamente colla *dotis dictio* poteva venir fondata un'*obligatio* del *dotem dicens* ad una determinata prestazione; somma di denaro od altra cosa; abbiamo letto nell'Epitome di Gaio [2] che « *dotis dictio* tam de mobilibus rebus quam de fundis fieri potest ». E noi dobbiamo ritenere che l'obbligazione proveniente dalla *dotis dictio* avesse egual carattere dell'obbligazione proveniente dalla *stipulatio*, in seguito alla Gaio parlava della *dotis dictio*, e potesse farsi valere con un'azione analoga.

Ma nella *dotis dictio* poteva contenersi anche la remissione di un debito dello sposo o marito. Questo caso appunto si presenta in varî passi del Digesto, dei quali

---

[1]) Altre idee ancora in Cogliolo *Storia del dir. priv. rom.* cit. a pag. 15 n. 1, vol. 2 pag. 87 = Padelletti-Cogliolo *Storia del dir. rom.* cit. a pag. 17 n. 2, pag. 179 n. *i*: « A me pare che la prima forma di dote fosse la *mancipatio dotis* o *datio*; questa poteva esser preceduta, come uso nuziale, da una solenne *dictio*, pronuncia (solenne e unilaterale) che non era obbligazione, ma atto di potere, come *ius dicere*, *sententiam dicere*. Avvenendo che un padre facesse la *dictio* senza aver fatto prima nè far poi la *mancipatio*, e ripetendosi questi casi, la giurisprudenza considerò obbligato il padre, e perciò la *dictio* passò ad essere una *constitutio* diversa dalla *datio*. Poi si pensò a vestire la promessa della forma di *stipulatio* ».

[2]) Pag. 21.

due abbiamo avuto occasione di vederli più addietro [1].— Sembra che tra i giureconsulti si agitasse disputa se in tal caso il debito si estinguesse *ipso iure* o *per exceptionem*. Secondo la maggior parte dei testi la *dictio* col seguire delle nozze estingue il rapporto obbligatorio *ipso iure*, immaginandosi che lo sposo o marito abbia pagato il debito e quindi gli sia stato dato in *dotem* ciò che ha pagato [2].

26. — SCOMPARSA. La *dotis dictio* cadde in desuetudine a partire dall'epoca in cui Teodosio II diede forza obbligatoria alla semplice convenzione di dote (*pactum dotis, dotis pollicitatio*) [3]; chè, infatti, di attenuare l'atto formale non vi era più bisogno, quando omai all'uopo poteva servire addirittura l'atto semplice, senza forme.

Conseguentemente i compilatori giustinianei fecero sparire dai testi la menzione del nostro istituto. In qualche testo [4] la relativa espressione è tolta senz'altro;

---

[1]) L. 9 pr. D. *de fundo dotali* 23. 5 e L. 44 § 1 D. *de iure dotium* 23. 3; per le quali vedi pagg. 29-30. Aggiungi: LL. 25, 45 pr., 46 § 1, 57, 58 § 1, 77 D. h. t. 23. 3 e L. 47 pr. D. *mandati* 17. 1; per alcuni dei quali passi cfr. pag. 21 n. 3.

[2]) Lo svolgimento di questo punto (ossia della funzione liberatoria o estintiva della *dotis dictio*, come si suol dire, accanto alla funzione obbligatoria della medesima) è la parte migliore della citata monografia del prof. Bernstein (pag. 20 n. *).

[3]) L. 4 C. Theod. *de dotibus* 3. 13, che abbiamo trascritta a pagg. 21-22. La riproduce la L. 6 C. Iust. *de dotis promiss.* 5. 11, aggiungendo l'inciso « sive scripta fuerint sive non » e togliendo « dictio vel ».

[4]) Vedi la nota precedente; e confronta L. 3 C. Theod. *de incest et inut. nupt.* 3. 12 con L. 6 C. Iust. h. t. 5. 5.

in altri testi, e sono i più [1], a *dictio*, *dicere*, vediamo sostituito *promissio*, *promittere* [2]; in altri ancora [3], troviamo invece *pollicitatio*.

## § 3.

## *B)* Il iusiurandum liberti *

Nozione — Confronto colla stipulatio (pag. 40) — Diritto giustinianeo (pag. 43).

27. — NOZIONE. Il liberto, si sa, era tenuto civilmente alla prestazione di servigi (*operae*), e insieme anche di regali (*donum*, *munus*), verso il suo patrono, in quanto, come d'ordinario avveniva d'altronde, ne avesse assunto speciale impegno, o per via di *stipulatio*

---

[1]) L. 21 § 3 D. *quod metus causa* 4. 2 ; L. 47 pr. D. *mandati* 17. 1; LL. 44, 45, 46, 57, 59 pr. e § 1, 61 pr., 77, 79 § 1, 80, 83 D. *de iure dot.* 23. 3 ; L. 32 § 1 D. *de pactis dotal.* 23. 4 ; L. 9 D. *de fundo dotali* 23. 5 ; L. 31 § 1 D. *de novation.* 46. 2; L. 125 D. *de V. S.* 50. 16.

[2]) Onde un *doti promittere*, non usato dai giureconsulti per la *stipulatio* dotale, che manifesta l'interpolazione in alcuni testi; come in altri (cfr. pag. 21 n. 3) essa vien palesata dalla rimasta formula assertoria della *dotis dictio*.

[3]) L. 1 § 8 D. *de dotis collat.* 37. 7 ; L. 1 pr. e § 1 e L. 13 C. *de iure dot.* 5. 12.

* Bertolini *Il giuramento nel. diritto privato romano* Roma 1886 pag. 53 e seguenti ; Pernice *Zum römischen Sacralrechte* [Contributo al diritto sacrale rom.] in *Sitzungsberichte der k. preuss. Akad. d. Wissenschaften zu Berlin* a. 1885-86, anno 1886 pag. 1176 e segg. Segnaliamo ancora Glück *Commentario delle Pand.* (trad. dal tedesco con note) Milano ... libri 37-38 p. 4 e 5, di B. G. Leist, § 1622 (tit. *de operis libertorum*) di cui dev'essere molto prossima la pubblicazione.

o mediante promessa giurata; *iudicium* o *actio operarum* o *de operis* dicevasi la relativa azione ([1]).

Non desta certamente meraviglia che per effetto della *stipulatio* suddetta intervenuta fra patrono e liberto vi fosse obbligazione ed azione. Suscita stupore invece il fatto che pari efficacia avesse la promessa giurata del liberto; essendo noto il principio del diritto romano, tanto classico quanto giustinianeo, che il giuramento promissorio ha valore soltanto morale-religioso e non valore giuridico. E lo stupore può accrescersi, per novella e più grave deviazione dai principii, quando, scorrendo il materiale delle fonti, vediamo presentarsi pure una promessa giurata di opere fatta mentre sussiste ancora lo stato di schiavitù.

28. — Veggansi specialmente:

Gai. 3. 96: « Item uno loquente *et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit* ([2]); *sed* haec sola causa *est*, ex qua iureiurando contrahitur obligatio ([3]). Sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum. Nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatium iura requirentes aliud intellegere poterimus *in aliis valere* ».

L. 44 pr. D. *de liberali causa* 40. 12 (Venul. 7 *act.*):

---

[1]) D. *de operis libertorum* 38. 1.

[2]) Restituito, il corsivo, mediante l'Epitome contenuta nel Breviario Visigoto, 2, 9. 4 (cfr. pagg. 19 e 21).

[3]) Nell'Epitome: « sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest ».

« Licet dubitatum antea fuit, utrum servus dumtaxat an libertus (1) iurando patrono obligaretur in his quae libertatis causa imponuntur, tamen verius est non aliter quam liberum obligari. ideo autem solet (2) iusiurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, iurandi necessitatem haberent...».

Aggiungansi le ripetute dichiarazioni dei testi, che la promessa giurata di opere dev'essere fatta allo stato di libertà, perchè sia obbligatoria: « Ut iurisiurandi obligatio contrahatur, liberum esse oportet qui iuret et libertatis causa iurare » (3) — « iurare autem debet post manumissionem ut obligetur » (4) — « nisi post manumissionem iuret, non obligatur » (5) — « in liberto antiquior contractus operarum esse non potest, sine quo libertas ei data non esset » (6). — Le quali dichiarazioni possono confermare la notizia data da Venuleio che *antea* erasi dubitato se l'obbligazione già non sorgesse per effetto del giuramento prestato dal *servus*.

Aggiungasi ancora Cicerone *ad Att.* 7. 2. 8, dove si parla di un pretore Druso il quale negava l'*addictio in libertatem* qualora lo schiavo manomesso non avesse ripetuta la promessa giurata delle opere fatta nello stato di schiavitù: « Itaque usurpavi vetus illud Drusi, ut fe-

---

1) utrum servus an dumtaxat libertus *scr.*

2) *solent* nell'edizione di Mommsen. Altrove *solebant* o *solemus*. Vulg. e Hal. « solet... *exigi* ».

3) L. 7 pr. D. *de operis libert.* 38. 1 (Ulp. *28 ad Sab.*).

4) § 2 ivi.

5) L. 36 D. *de manum. testam.* 40. 4 (Paul. *7 ad Plaut.*).

6) L. 77 D. *de solution.* 46. 3 (Modestin. *7 pandect.*).

runt, praetoris in eo, qui eadem [1] liber non iuraret, me istos liberos non addixisse; praesertim cum adesset nemo a quo recte vindicarentur ».

29. — Dall'insieme di queste testimonianze si può concludere che il giuramento promissorio delle *operae* anzidette era duplice: prestato dapprima dallo schiavo, e reiterato quindi dal liberto.

Se ed in qual modo sia stato ammesso che obbligazione giuridica derivasse già dal primo giuramento, non possiamo dirlo. Certamente però, il giuramento prestato dallo schiavo vincolava, di natura sua, moralmente e religiosamente lo schiavo stesso; onde questi si sentiva indotto e costretto ad assumere, quando fosse possibile, una giuridica obbligazione. E che un impegno, comunque, si mirasse ad averlo già dallo *schiavo,* riesce chiaro; poichè, altrimenti, eravi il pericolo che l'individuo, una volta conseguita la libertà, non volesse più vincolarsi. — Spiegato così il perchè della promessa giurata fatta durante la schiavitù, il secondo giuramento, cui indubbiamente è riconosciuta giuridica efficacia, si spiega, a mio avviso, nel modo più semplice e naturale ed appunto per la semplicità e naturalezza sua più soddisfacente, colla considerazione o dottrina del *precedente*, della ripetizione o simmetria.

30. — Altri dà una spiegazione diversa dell'istituzione. — Par certo che nell'età più remota il giuramento fosse un modo di contrattare [2]. Or bene, si

---

[1]) scil. *quae in servitute iuraverat.*

[2]) Vedi specialmente Dionis. Halic. 1. 40. 6 e Cicer. *de officiis* 3. 31. 111.

dice, il *iusiurandum liberti* è un residuo di ciò, vale a dire un caso di persistenza di quell'antica maniera di contrattare; mutato il modo di fermar gli accordi e non riconosciuta più al giuramento efficacia giuridica, il *iusiurandum liberti* apparisce una singolarità. Gli è in certa guisa come dell'*usucapio pro herede*; la quale, conservando le antiche regole generali della usucapione, ci si presenta come un istituto singolare.

Altri ancora dice: La *iurata promissio operarum* deve ritenersi sorta in un'epoca in cui all'infuori della *sponsio* non esistevano altre forme di stipulazione. Ora, poichè mediante *sponsio* non potevasi originariamente promettere che *certa pecunia*, alla prestazione di *operae* la stipulazione non era da principio applicabile. Ecco come l'obbligo morale e religioso delle opere assunto già dallo schiavo giurando, non poteva, da principio, tramutarsi in obbligo giuridico per via di *stipulatio* una volta manomesso lo schiavo; ed ecco come, in tale condizion di cose, si concesse azione al patrono in base al giuramento ripetuto *post manumissionem*. Tale forma di obbligarsi si mantenne poi, per lo spirito conservativo dei Romani, pur quando la sfera della *stipulatio* si allargava tanto da potersi quest'ultima applicare anche alla materia in discorso [1].

---

[1]) Qui mette conto di dire che secondo ogni probabilità l'*actio operarum* aveva, anzichè una *intentio incerta* (come ci si attenderebbe, essendo il credito delle *operae* credito di un fatto, di un *incertum*), una *intentio certa*, analoga a quella della *condictio triticaria* o *condictio certae rei*. Vedi LL. 4 e 8 pr. D. *de oper. libert.* 38. 1 e L. 54 § 1 D. *de verb. obl.* 45. 1; e cfr. da ultimo Lenel *L'Edit perpétuel* (traduzione dal tedesco, di Peltier) Paris 1901-03 vol. 2 pagg. 63-64.

31. — Abbiamo detto che il *iusiurandum liberti* è una specialità in confronto dei possibili modi di obbligarsi ed in particolar modo in confronto del giuramento promissorio; il che vien dichiarato espressamente da Gaio nel brano delle sue Istituzioni trascritto [1]. Soggiungiamo ora, che l'istituto è circoscritto appunto dentro i limiti indicati. Onde, pur una prestazione di *operae* non potrebbe promettersi da altri, all'infuori del liberto, per via di giuramento [2]; onde, pur il liberto non potrebbe in questo modo assumere validamente altra obbligazione all'infuori di quella delle *operae* cui si vincoli *libertatis causa* [3]. Però, riguardo a questo secondo punto, sarebbe tuttavia efficace la promessa giurata di opere da parte del liberto fatta per causa diversa dalla *libertatis causa* quando con questa vi fosse connessione [4].

Le fonti dicono espressamente che il *iusiurandum liberti* può riferirsi, oltrechè alle *operae*, anche ai *dona e munera*, che solevano aggiungersi [5].

---

[1]) Vedi pag. 35.

[2]) Vedi L. 7 pr. D. h. t. 38. 1, trascritta a pag. 36 n. 3. Aggiungi L. 56 pr. D. *de fideiussor.* 46. 1 (Paul. *15 quaest.*): « Si quis pro eo, qui libertus non esset et operas praestaturum se iurasset, fideiussor erit, non tenebitur ».

[3]) Gai. l. cit. e L. 7 pr. D. cit.

[4]) Così parmi da conciliarsi detta L. 7 pr. col § 1 della stessa, che trascrivo: « Plane quaeritur, si quis liberto suo legaverit, si filio suo iurasset se decem (*operas aut aliquid*, ins. Mommsen) operarum nomine praestaturum, an obligetur iurando. et Celsus Iuventius obligari eum ait parvique referre, quam ob causam de operis libertus iuraverit: et ego Celso adquiesco ». — Tale § 1 è giudicato da Fabro *Coniecturae iur. civ.* 20. 18. 7 opera di Triboniano « aut imperiti alicuius interpretis ».

[5]) § 3 della L. 7 cit., oltre il cit. Gai. 3. 96 nel primo brano restituito mercè l'Epitome.

Non è necessario che il giuramento sia rivolto ad una quantità determinata di servigî. Il liberto può anche giurare che presterà « quot operas patronus arbitratus »; nel qual caso, perchè l'*arbitrium* del patrono abbia valore, deve naturalmente essere conforme all'equità, cioè deve essere *arbitrium boni viri* (1).

La proposizione finale della L. 44 pr. D. *de liberal. causa* 40.12, che abbiamo omessa nel riprodurre questa legge poco più addietro (2), è così concepita: « dummodo in continenti, cum manumissus est, aut iuret aut promittat ». Trattasi di un infelice glossema (3), che traspare anche per segni esteriori ed è contraddetto dalla L. 7 § 2 D. h. t. (Ulp. 28 *ad Sab.*): « sive statim sive post tempus iuraverit, obligatur » (4).

Il credito che deriva dal *iusiurandum liberti* è indicato da Gaio (5) come uno di quelli che si estinguono per *minima capitis deminutio* (6).

32. — CONFRONTO COLLA STIPULATIO. L'*obligatio operarum* nasce indifferentemente dalla stipulazione o dal giuramento; come si vede, in ispecie, nella frequente alternativa equiparante, *iurare aut promittere*, dei testi (7). Ed il parallelismo delle due forme lo riscontriamo anche nell'estinguersi del rapporto obbligatorio; l'*acceptilatio*,

---

1) L. 30 pr. D. h. t.

2) Pagg. 35-36.

3) Cfr. Lenel *Palingenesia iuris civilis* Lipsiae 1889 vol. 2 col. 1209 n. 2.

4) Ciò che precede in questo § 2 trovasi trascritto a pag. 36 n. 4.

5) 3. 83.

6) Cfr. § 1 I. *de adquisit. per adrogat.* 3. 10.

7) Vedi così L 8 pr. e L. 37 pr. D. h. t. 38. 1.

intimamente legata alla stipulazione, si applica anche all'obbligazione assunta per via di giuramento: « et per iusiurandum liberti interpositam [1] operarum obligationem per acceptilationem tolli verius est » [2]. Onde non si sbaglia ritenendo che la formula fosse concepita nella stessa guisa in ambo i casi [3].

Ma tra l'uno e l'altro modo di fondare l'*obligatio operarum* si nota l'importante differenza, che nel *iusiurandum iberti,* come nella *dotis dictio* secondo che abbiamo veduto, l'obbligazione sorge *uno loquente;* mentre la *stipulatio* richiede parole dell'una e dell'altra parte, una domanda ed una risposta. Anche qui, come nella *dotis dictio,* parla chi assume l'impegno, ossia il liberto; il patrono presente aderisce tacitamente, e così si forma il contratto. — Tutto ciò risulta dal brano di Gaio trascritto a pag. 35, cui si aggiunge la proposizione della L. 6 § 3 D. *de confessis* 42.2 « ...nec qui iurat de operis *absente patrono* obligatur... » [4]. — Ed in base al suddetto elemento differenziale appare preferibile l'espres-

---

[1]) *impositam,* Mommsen.

[2]) L. 13 pr. D. *de acceptil.* 46. 4 (Ulp. *50 ad Sab.*). Il modo di esprimersi di Ulpiano, « verius est », accenna all'esistenza di dubbio o incertezza. Qualcuno osserva che l'*acceptilatio* potè venir estesa all'obbligazione nata dal giuramento per ciò che in essa si conteneva un *iurisiurandi gratiam facere,* ammesso fin dai tempi antichi come mezzo di svincolo dalle promesse giurate. — È il caso di soggiungere che quanto alla *dotis dictio,* non troviamo accenno o traccia alcuna che vi si potesse applicare l'*acceptilatio;* a torto furono addotti talvolta dei testi (LL. 36-38, 41 § 4 D. *de I. D.* 23. 3) per affermare il contrario.

[3]) Cfr. Lenel loc. cit. a pag. 38 n. 1.

[4]) La necessità di inserire le parole in corsivo, come fa anche Mommsen nella sua edizione, risulta chiara dal contesto.

sione *iusiurandum liberti*, che può ricavarsi dalle fonti ([1]), in confronto dell'altra *iurata promissio operarum a liberto facta*, creata dagli interpreti ([2]); poichè *promissio*, nel senso suo vero e più frequente, si riferisce alla risposta data all'interrogazione di uno *stipulator*.

Nell'Epitome visigota di Gaio leggiamo ancora, oltre ciò che se ne è già riportato ([3]): « in qua re supra dicti liberti non tam verborum sollemnitate quam iurisiurandi religione tenentur ». Il che, se può dar luogo a dubbî e varietà di apprezzamento, indica comunque un'altra diversità in confronto della *stipulatio*.

Ben più grave differenza vi sarebbe tra *stipulatio* e *iusiurandum* ove si ammettesse, come alcuni vorrebbero ([4]), che il *iusiurandum* non fosse un contratto, bensì un atto unilaterale, una promessa senz'accettazione. Se non che militano contro in buona parte le ragioni che abbiamo opposto all'identica opinione affermata rispetto alla *dotis dictio* ([5]).

---

[1]) In queste troviamo pel nostro caso le frasi *iurisiurandi obligatio, obligari per iusiurandum* e simili.

[2]) La si trova anche lievemente modificata, e più spesso variamente accorciata (*promissio iurata liberti* od invece *operarum*, o *promissio iurata* senz'altro).

[3]) Pag. 35 n. 2 e 3.

[4]) P. es. van Wetter *Les oblig. en droit rom.* Gand-Paris 1883-86 vol. 2 pagg. 7-8 n. 1 e vol. 3 pag. 456. Da ultimo così anche Ferrini *Man. di Pand.* cit. a pag. 22 n. 2, pagg. 665-666.

[5]) Pagg. 22-24. — Ferrini (pag. 666 n. 2) ingegnosamente vorrebbe far convergere a vantaggio della sua tesi il silenzio di Giustiniano nel titolo *de verb. oblig.* delle Istituzioni circa il *iusiurandum liberti*. Noi abbiamo rilevato tale silenzio e l'abbiamo anche detto strano (pag. 19); non crediamo però che possa servire come argomento a favore della dottrina combattuta.

33. — DIRITTO GIUSTINIANEO. Il *iusiurandum liberti*, come abbiamo detto, sussistette anche nel diritto giustinianeo; le Pandette hanno accolto alcuni passi relativi al medesimo.

È da ritenersi però che non fosse di uso frequente; le Istituzioni non ne parlano. Su tal modo specifico di costituire l'*operarum obligatio* doveva esser prevalsa la forma generale obbligatoria della *stipulatio*.

## § 4.

## *C)* La stipulatio *

Definizione. Terminologia — Etimologia (pagina 47) — Origine (pag. 48) — Forme e requisiti (pag. 56) — Contenuto. Funzioni ed uso (pag. 72) — Rapporto colla causa (pag. 92) — Effetti (pag. 102) — Estinzione (pag. 112).

34. — DEFINIZIONE. TERMINOLOGIA. La *stipulatio*, nella classica sua configurazione, può definirsi: un contratto concluso per via di una interrogazione verbale del futuro creditore, tendente all'acquisto del diritto ad una data prestazione, e di una congrua risposta verbale

---

* Gai. 3. 92-127 — Paul. 2. 3 e 5. 7 e 9 — Inst., tit. *de verborum obligatione* 3. 15 [16], e seguenti — Dig., tit. *de verborum obligationibus* 45. 1 e seguenti — Cod., tit. *de contrahenda et committenda stipulatione* 8. 37 [38] e seguenti.

Non esiste una monografia recente sull'attuale materia; e sarebbe pur tanto desiderabile. Fra gli scritti speciali anteriori si distinguono Liebe *Die Stipulation und das einfache Versprechen* [La stipulatio e la semplice promessa] Braunschweig 1840 e Girtanner *Die Stipulation* Kiel 1859. Per la questione particolare dell'origine del nostro istituto vedi l'indicazione di singoli scritti poco più avanti, a pag. 48 n. *.

del futuro debitore. Nella sua forma originaria e concezione più semplice, suonava così: *Spondesne mihi centum dare? Spondeo.*

Nelle fonti abbiamo due definizioni.

Una di Pomponio (*26 ad Sab.*) nella L. 5 § 1 D. *de V. O.* 45.1: « Stipulatio est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit ».

L'altra di Paolo, *Sent.* 2. 3. un.: « Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus respondet, velut *spondes? spondeo.....* ».

Aggiungi Gaio nelle sue Istituzioni, 3.92: « Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut *dari spondes? spondeo....*» (1); e nella L. 1 § 7 D. *de O. et A.* 44.7 (2 *aureorum*): Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fierive nobis stipulemur »; il quale secondo brano trovasi riprodotto nel pr. I. *de V. O.* 3.15 [16] (2).

Si rileva che in questo contratto — a differenza di

---

1) Si osserva che nelle fonti più antiche (come in Varr. *rer. rustic. lib.* 2. 2. 6, in Bruns *Fontes* cit., p. 2 pag. 65) si ha spondes*ne*?; poscia (come in questi passi ora trascritti, cui possiamo aggiungere L. 71 pr. D. *pro socio* 17. 2, di Paolo) si ha *spondes*? Analogamente troviamo *dabisne*? *dabin*? in Plauto (*Pseud.* 1. 1. 115-116 e 5. 122-124 e 4. 6. 15-16, *Bacch.* 4. 8. 41-42; passi riprodotti in Costa *Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto* Torino 1890 pag. 275) mentre nei testi giuridici leggesi soltanto *dabis*?

2) Ancora poi: L. 1 § 3 D. *de pactis* 2. 14 (Ulp. 4 *ad edictum*) « ... stipulatio quae verbis fit ...»; L. 52 § 2 D. *de O. et A.* 44. 7 (Modestin. 2 *regul.*) « Verbis (obligamur) cum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio ».

ciò che per lo più avviene nella formazione dei vincoli obbligatorî, cioè che l'uno promette e l'altro accetta la promessa — la dichiarazione di volontà del creditore precede quella del debitore.

35. — Passiamo alla terminologia.

Il contratto in discorso prende nome, come abbiamo già visto, di *stipulatio* (*stipulatus*) (1). Con minor frequenza dicesi *sponsio* (*sponsus*) (2); che più propriamente denota il caso, unico in origine, in cui la stipulazione veniva conclusa facendosi uso del verbo *spondere* (3).

Separiamo ora le due manifestazioni di volontà che nel loro accordo costituiscono il contratto. — *Rogare*, *interrogare*, *stipulari* (*rogatio*, *interrogatio*, *stipulatio*), indica l'atto o manifestazione di volontà del creditore, onde *stipulari*, sì di frequente adoperato nelle nostre fonti, significa in sostanza *farsi promettere* ed in tal guisa va tradotto (4). Si rileva come la voce *stipulatio* possa esprimere, anzichè tutto il negozio, solo una parte del medesimo, e precisamente la dimanda di chi vuol di-

---

1) Questa seconda forma apparisce specialmente nell'azione: *actio ex stipulatu*.

2) Analogamente qui, per la seconda forma, si ricorda la discussa *actio ex sponsu* derivante dagli antichi sponsali.

3) L. 7 D. *de V. S.* 50. 16 (Paul. 2 *ad edictum*): « *Sponsio* appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque ». Cfr. Gai. 3. 179 i. f.

4) Come rara eccezione lo si trova adoperato qualche volta (così nella L. 26 § 13 D. *de condict. indeb.* 12. 6) per significare *promettere*, ossia l'atto opposto. È errata quindi la dichiarazione in termini generali di Isidoro *Orig.* 5. 24. 30 (in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 84) « Stipulatio est promissio vel sponsio, unde et promissores stipulatores vocantur ».

ventar creditore. — *Spondere, respondere, promittere* (*sponsio, responsio, promissio*), indica l'atto o manifestazione di volontà del debitore; *promittere*, probabilmente perchè in antico chi assumeva l'obbligo nel rispondere *dextram* (*manum*) *promittebat* (1). Anche qua si rileva il duplice significato di *sponsio*; corrispondentemente all'osservazione fatta circa la voce *stipulatio*; salvo in questo secondo caso la minor frequenza del più largo significato.

Quanto alle persone contraenti, esse sono designate rispettivamente col sostantivo (o participio sostantivato) dei verbi sopraindicati o colla relativa proposizione sciolta: *stipulator*, *stipulans* o *qui stipulatur* per l'interrogante, ossia pel creditore; *promissor*, *promittens* o *qui promittit* pel rispondente, ossia pel debitore (2). Da aggiungersi e segnalarsi, *reus stipulandi* (*stipulando*) per il primo e *reus promittendi* (*promittendo*) per il secondo. *Reus* senz'altro denota entrambi i contraenti, ma più

---

1) La mano destra, segno o emblema della *fides* — Abbandonata la parola *dextram* o *manum* e rimasto *promittere* senz'altro, potè ben questo, una volta dimenticata la locuzione primitiva, acquistare un altro complemento diretto, cioè il contenuto od oggetto dell'impegno. — Qui possono citarsi due recentissime note, geniali ed erudite, di diritto intermedio con raffronti romani del prof. Tamassia, nell'*Archivio Giuridico* vol. 70 [a. 1903] pag. 367 e segg. e 533 e segg. Le due note sono coordinate; « fidem facere » è il titolo della prima; « fidem facere e manum facere » quello della seconda.

Per le notizie terminologiche sin qui date, vedi p. es. i passi di Pomponio, Paolo e Gaio trascritti a pag. 44; e ancora Paolo nella L. 83 pr. D. h. t. 45. 1 e Gaio 3. 105 e 137 « ... cum ... in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat... »; ecc.

2) Vedi p. es. gli stessi passi richiamati e citati nella nota precedente i. f.

specialmente significa colui che promette, ossia il debitore; come nel processo, si sa, indica più specialmente il convenuto (1).

36. — ETIMOLOGIA. È incerta l'etimologia di *stipulatio*. — Varrone (2) e Festo (3) fanno derivare questa espressione da *stips*, moneta, denaro. — Paolo invece (4) la connette a *stipulum*, equivalente a *firmum*: « ... stipulationes... *ita* appellatae quod per eas firmitas obligationum costringitur; stipulum enim veteres firmum appellaverunt ». Tale etimologia accolgono le Istituzioni giustinianee, aggiungendo: « ..... stipulum ..... forte a stipite descendens » (5). — Isidoro (6) fa derivare a pre-

---

1) L. 1 D. *de duob. reis const.* 45. 2 (Modestin. *2 regul.*): « Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi habetur ». — Fest. v. *reus* (in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 33): « Reus nunc dicitur, qui causam dicit, et item qui quid promisit spoponditve ac debet; at Gallus Aelius libro II significationum verborum quae ad ius pertinent ait: *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive is egit sive cum eo actum est. Reus stipulando est idem, qui stipulator dicitur quive suo nomine ab altero quid stipulatus est, non is qui alteri adstipulatus est. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid promisit quive pro altero quid promisit...* ».

Per prova conferma, e complemento in rapporto ai cenni terminologici che abbiamo dato, vedi i noti lessici delle fonti (pagg. 9-10 n. 4) nelle varie voci.

2) *De lingua latina* 5. 182, in Bruns *Fontes* p. 2 pagg. 56-57.

3) *De verb. signif.* ad voc. *stipem*, in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 42.

4) 5. 7. 1.

5) pr. h. t. 3. 15 [16]. — Forse le Istituzioni di Paolo appunto hanno guidato qui i compilatori delle Istituzioni giustinianee; ancorchè non sia escluso che continui il modello della prima parte del paragrafo, fino a *stipulamur*, cioè le *res cottidianae* o *aurea* di Gaio (cfr. qui pag. 44). Vedi anche Ferrini nel *Bull. dell'Istit. di diritto romano* a. 13 [1900] pag. 174.

6) *Origin.* 5. 24. 30, in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 84.

ferenza la nostra voce da *stipula*, fuscello che i contraenti tenevano in mano e rompevano nel mezzo per ricomporlo e significare così l'avvenuto accordo delle due volontà. — Se può rimaner dubbio quale delle due prime etimologie sia preferibile, l'ultima, che manca di fondamento e deriva da confusione, va respinta (1).

Quanto poi a *sponsio*, sembra questa parola proveniente dal greco, come appare anche da Gaio (2): « ..... quamvis dicatur a graeca voce figurata esse ». L'argomento della etimologia di *sponsio* si congiunge alla materia dell'origine del nostro istituto. Tale materia ora esponiamo.

37. — ORIGINE *. Anche questa è incerta e variamente discussa.

La forma più antica della *stipulatio*, cioè la *sponsio*, indica un'origine religiosa, sacrale. — Festo alla voce *spondere* (3) in tal guisa si esprime: «... spondere Verrius putat dictum quod sponte sua, id est voluntate, promittatur; deinde oblitus inferiore capite sponsum et

---

1) Cfr. e vedi, circa le suddette etimologie, Ceci *Le etimologie dei giureconsulti romani* Torino 1892 pagg. 153-155 e gli autori ivi citati. Sull'ultima vedi anche Girard *Manuel* cit. pagg. 11-12 n. 1, pagg. 479-480 n. 5.

2) 3. 93. i. f.

* Brissaud *Origine de la stipulation*, memoria inserita nel *Recueil de l'Acad. de législation de Toulouse* vol. 36 [a. 1887-88] pag. 244 e segg. (È indicata quale parte di un lavoro più esteso, *Le Droit et les pontifes à Rome*, mai pubblicato). Molto recente Zocco Rosa *La sponsio nel primitivo diritto romano privato*, memoria inserita nell'*Annuario di Storia nel Diritto Romano* di Catania vol. 8 [a. 1901-02] pag. 39 e segg.

3) In Bruns *Fontes* p. 2 pag. 41.

sponsam ex graeco dictam ait [1], quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant... ». Ora, senza discutere tale derivazione di *sponsus* e *sponsa*, che crediamo doversi respingere, importa a noi di rilevare che il ragionamento fatto da Festo (« oblitus, ecc. ») presuppone che anche lo *spondere*, la *sponsio* avesse luogo egualmente « interpositis rebus divinis »; onde ne risulta affermato il carattere sacrale, religioso. E ciò, per verità, non desta stupore; poichè è notissimo che in antico religione e diritto erano intimamente collegati ed anzi confusi insieme e gli studî progrediti confermano e dimostrano sempre più essere stata l'obbligazione religiosa la fonte ed il precursore dell'obbligazione civile. — A tal punto si domanda: In che consisteva propriamente questo carattere religioso? Continuiamo con Festo, nell'Epitome che ne fece Paolo Diacono. Ivi leggiamo che *consponsor* equivale a *coniurator* [2]. Dunque lo *sponsor* era un *iurator*; e pertanto il carattere od elemento religioso della *sponsio*, l'antesignana della *stipulatio*, consisteva in un giuramento.

Questa conclusione viene rafforzata da altri dati od argomenti. — Un argomento si ricava dal confronto del diritto pubblico col privato. E precisamente viene osservato, che la *sponsio* del diritto internazionale antico, forma minore di patto internazionale in rapporto al *foedus* [3], sembra implicasse in origine la prestazione

[1]) Cfr. la dichiarazione di Gaio a pag. 48.

[2]) In Bruns *Fontes* p. 2 pag. 6.

[3]) Il caso più noto è quello del trattato di Caudio. Liv. 9. 5. 2 « ... non ... foedere pax Caudina sed per sponsionem facta est ».

di un giuramento [1]. — Altro argomento è questo: Se il *iusiurandum promissorium* nel diritto classico e giustinianeo non ha in massima valore civile ossia giuridico, era desso pur un modo di contrattare nel giure delle XII Tavole e più addietro. « Nullum... vinculum ad adstringendam fidem iureiurando maiores arctius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulas, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides; indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius, quam de iureiurando iudicabant »; così Cicerone [3]. E Dionigi d'Alicarnasso [3] dice che ancora al tempo suo le convenzioni venivano concluse e fissate per via di giuramento davanti l'ara massima di Ercole. — Si osserva ancora, che nel giuramento noi possiamo vedere appunto il meccanismo di domanda e risposta, che è caratteristico della *stipulatio*; chi riceveva il giuramento *praeibat verbis*, *exigebat iusiurandum*, e chi lo prestava *iurabat verbis conceptis* o in *verba illius* [4].

In base a questi dati ed argomenti principali è sorta la teoria onde si afferma essere derivata la *stipulatio*,

---

[1]) Cfr. e vedi Mommsen *Le droit public romain* (trad. dal tedesco, di Girard) 2ª ed. Paris 1889-96 vol. I pag. 283 e segg., come pure Carle *Le orig. del dir. rom.* cit. a pag. 7 n. *, pag. 150 e segg. Carle ha in parte idee diverse da Mommsen circa la *sponsio* ed il *foedus*; ma concorda nel ritenere la *sponsio* un patto internazionale minore *giurato*.

[2]) *De officiis* 3. 31. 111.

[3]) 1. 40. 6.

[4]) Priscian. *Instit. grammat.* 18. 210 « *Verbis praeire* et *iurare in verba illius*, id est *quomodo ille dictaret* ». Cfr. l'ἐπακτὸς ὅρκος del diritto attico.

dapprima *sponsio*, da un giuramento promissorio (*sponsio ad aram Herculis*). — Col prevalere dell'elemento giuridico civile sul prisco elemento giuridico sacrale, l'istituto si spoglia del carattere religioso; alla più antica *sponsio* sacrale subentra la *sponsio* laica. — Quando avvenne ciò? L'epoca è incerta; ma noi troviamo già la stipulazione laica nel secondo capo della *lex Aquilia* (1), e concordano le testimonianze di Plauto (2).

La suddetta dottrina, che la *stipulatio* fosse in origine una promessa giurata e dal giuramento derivasse la sua forza obbligatoria, è ammessa dalla maggior parte degli scrittori moderni (3). E sebbene siano sorte voci autorevoli in contrario (4), essa, a parer nostro, resiste alle critiche vittoriosamente.

---

1) La data precisa di questa legge è incerta. L'opinione dominante l'attribuisce all'epoca della secessione della plebe che provocò la *lex Hortensia*, fra l'anno 465 e l'anno 468 di Roma. — Può osservarsi poi che la *stipulatio* in questa legge ci si presenta in una forma e funzione non originaria; onde si addita implicitamente per l'istituto un'età più antica.

2) Vedi i passi relativi in Costa *Il diritto privato romano* cit. a pag. 44 n. 1, pag. 273 e segg. nel quale autore leggiamo (pag. 271 n. 136) che la stipulatio « certo è ai tempi di Plauto assai diffusa e liberissima ».

3) Avvertasi qui che qualcuno fra i seguaci di tale opinione (specie Mommsen *Droit public* cit. a pag. 50 n. 1, loc. cit.) crede che la più antica *sponsio* sacrale non avesse valore giuridico o civile, secondo che appare nell'esposizione da noi fatta, ma fosse garantita soltanto dai *mores* e dalla *religio*. Al che si oppone giustamente, oltre altri argomenti, il passo di Cicerone dianzi trascritto (vedi pag. 50).

4) Tra gli avversari segnaliamo Cuq *Les institut. jurid. des Romains* cit., vol. 1 pagg. 393-394 ed il nostro Ferrini *Manuale di Pand.* cit., pag. 663 n. 2, opponendo, quest'ultimo, che a torto si

38. — V'ha chi nega che la stipulazione provenga dal giuramento, però ne ammette altrimenti il primitivo carattere religioso; la *sponsio* antica, implicava sacre libazioni (cfr. σπένδειν e la radice sanscrita *spand*) od altra cerimonia sacrale. Così Pernice (1) e Cuq (2).

Un'altra teoria, enunciata da Savigny (3) ed accolta, fra gli altri, da Gneist (4), Summer Maine (5), Maynz (6), ed in genere nei moderni trattati francesi, fa derivare la *stipulatio* dal *nexum*. La *stipulatio*, si dice, è la *nuncupatio*, ossia la parte verbale, del *nexum*, erettasi in speciale contratto allorchè andò in disuso l'atto *per aes et libram* nel formare il vincolo obbligatorio. — Contro tale teoria vi sono gravi argomenti, desunti dal confronto

---

crede di trovare nell'antico giuramento promissorio il meccanismo di domanda e risposta proprio della *stipulatio* (cfr. pagg. 43-44); il *verbis praeire* del giuramento non è un'interrogazione. Recentissimo pure in senso contrario Costa *Corso* cit. a pag. 22 n. 2, vol. 2 pag. 217 e segg. e *Storia del diritto rom. priv.* (Manuali Barbera) Firenze 1903 pag. 148.

1) *Op. cit.* a pag. 34 n. *, [a. 1885] pagg. 1159-1160.

2) loc. cit. — Del resto libazioni sacre, in unione però al giuramento, ammette anche Mommsen, loc. cit., per la *sponsio* del diritto pubblico, appunto invocando la suddetta etimologia.

3) *Sistema del dir. rom. attuale* (trad. dal tedesco, di Scialoia, Torino 1886-98 vol. 5 (che è originariamente del 1841) pag. 601 e segg. dove è citato il primo scritto, speciale, del 1833, in cui l'opinione fu affacciata. E questa vien poi ripetuta anche più tardi nel susseguente *Das Obligationenrecht* [Il diritto delle obbligazioni] Berlin 1851-53 vol. 1 pagg. 31-32; trad. franc. di Gerardin e Jozon, Paris 1863, vol. 1 pagg. 44-45.

4) *Die formellen Verträge* cit. a pag. 6 n. *, pag. 136 e segg.

5) *L'ancien droit*, trad. sulla 4ª ed. inglese, di Courcelle Seneuil, Paris 1874, pag. 308 e segg.

6) *Cours* cit. a pag. 15 n. 2, vol. 2 pagg. 346-347.

della struttura rispettiva dei due atti; fra i quali appaiono differenze profonde, che non possono venir spiegate con un processo evolutivo di semplificazione dell'atto più antico. Particolarmente si rileva che nella *stipulatio* parlano ambo le parti, una sola invece parla nel *nexum*; ed un dialogo, osserva bene Girard (1), non può essere la semplificazione di un monologo.

Si è detto ancora che la stipulazione fu importata dal Lazio, dove sarebbe pervenuta dalle colonie greche inferiori (2). — Che nel Lazio realmente vi fosse la *stipulatio* lo vediamo, per esempio, in riguardo alla conclusione degli *sponsalia* (3); nè havvi da meravigliarsi trattandosi di popoli di civiltà gemella. Ciò, d'altronde, non prova l'importazione affermata (4).

Infine un'altra dottrina circa l'origine della stipulazione fu svolta in due reputate monografie tedesche su questo istituto (5); dottrina ripresentata da Karlowa (6) ed a cui da ultimo accede Costa (7). La indichiamo addirittura colle parole di questo nostro valente autore: « Più

---

1) *Manuel* cit., pagg. 480-481.

2) Così anche Muirhead *Introduction historique au droit privé de Rome* (trad. dall'inglese, di Bourcart) Paris 1889 pagg. 293-294.

3) Aul. Gell. *Noctes att.* 4. 4, che cita Servio Sulpicio Rufo; gli sponsali si presuppongono qui conclusi per via di stipulazioni reciproche.

4) Cfr. in Muirhead cit. l'osservazione nella nota 5, Carle *Origini* cit., pagg. 152 n. 1 e 486-487 n. 2, e da ultimo Zocco Rosa *Op. cit.* a pag. 48 n. *, pagg. 54-55.

5) Sono quelle di Liebe e Girtanner citate a pag. 43 n. *; rispettivamente pag. 14 e segg. e pag. 81 e segg.

6) *Römische Rechtsgeschichte* [Storia del diritto rom.] Leipzig 1885-1901... vol. 2 pag. 699 e segg.

7) *Corso e Storia* loc. cit. a pagg. 51-52 n. 4.

probabile (in confronto della dottrina che collega la *sponsio* al giuramento promissorio) rimane adunque considerare la *sponsio* come la primitiva e tipica manifestazione di due corrispondenti volontà fra cittadini, accettandone l'altra etimologia presentata, in un con quella accennata testè (da σπένδειν, nel senso di compiere libazioni sacrali), da Flacco... (*sponsio* da *sponte*) [1] E intendere cioè che il fondamento primitivo dell'obbligatorietà di essa non sia già religioso, ma sì politico; in questo senso che la coscienza giuridica, dopo raggiunto per entro alla collettività un dato sviluppo, abbia colta la necessità di rendere obbligatorî anche degli impegni assunti volontariamente fra cittadino e cittadino, alla stessa maniera con che fin dall'origine lo erano gli impegni dei cittadini verso la stessa collettività; anche se l'assunzione di quelli fosse avvenuta senza compartecipazione di essa, quale si aveva nel *nexum* ». — Trovo questa dottrina nebulosa ed incerta; e, sforzandomi di determinare e concretare, scopro, mi sembra, difficoltà e deficienze. Spiega essa veramente l'origine della *stipulatio*? Non siamo ricondotti alla derivazione di questa dal *nexum*? derivazione che pur si combatte [2]. La prima etimologia di *spondere* in Verrio Flacco, riprodotto da Festo, parmi assolutamente vaga e generale, sì da non dare punto lume in materia; comunque poi, mi sembra che non offra base per la teoria anzidetta.

39. — Taluno crede di poter addirittura sopprimere

---

[1]) L'A. si riferisce al brano di Festo che abbiamo trascritto a pagg. 48-49.

[2]) Vedi sempre Costa *Corso* cit., pag. 217.

la questione dell'origine della *stipulatio*. È un meccanismo così semplice, si dice, lo scambio di interrogazione e risposta verbale, che esso è ben potuto esistere fin dai primi tempi in tale semplice guisa; non vi ha bisogno e non è il caso di cercare precedenti.

Ma, come rileva egregiamente Girard [1], che seguiamo, con questo si mostra di non avere ben compreso il problema. — Ciò che spinge alla ricerca di precedenti non è il meccanismo in sè, bensì il fatto che un meccanismo così semplice abbia forza obbligatoria e per esso la convenzione diventi contratto munito di azione; mentre il giure primitivo non ammette che nasca obbligazione dal semplice accordo delle volontà, ed interrogazione e risposta in sostanza non fanno che rendere più chiaro il semplice accordo delle volontà. — È da osservarsi ancora che se la *stipulatio* fosse esistita fin dai primi tempi, le dodici tavole ne avrebbero dovuto parlare sicuramente. Ora non par strano che di ciò non sia rimasta traccia alcuna? Sappiamo pure che nella legislazione decemvirale si parlava del *nexum*, quasi abolito fin dal 428 [2], e del giuramento promissorio, che in seguito perdette l'efficacia civile. Certo, la trasmissione dell'insigne monumento è imperfetta ed incompleta, sì da non potersi escludere *assolutamente*, in base alla nostra mancanza di notizie in proposito, che le dodici tavole parlassero della *stipulatio*; ma, d'altro lato, siffatta mancanza di notizie è pur probabile argomento per negarlo.

---

[1]) loc. cit. a pag. 53 n. 1.
[2]) Vedi pag. 16 e segg.

Riassumendo e confrontando, la forza obbligatoria della *stipulatio* ed in pari tempo il silenzio della legislazione decemvirale (com'è a noi pervenuta) in materia si spiegano invece benissimo ammettendo che il contratto di *stipulatio* non è un istituto originario e senza precedenti, bensì un istituto sorto in progresso di tempo, per derivazione da uno dei modi di obbligarsi in antico riconosciuti; e più specialmente, secondo la maggior probabilità, dal *iusiurandum*, come in addietro si disse.

40. — FORME E REQUISITI. Nella *stipulatio* noi avvertiamo fin da principio un minor formalismo che negli altri atti solenni in cui prima ci si imbatte; quali, non solamente il *nexum*, ma anche la *mancipatio* e la *in iure cessio*. Qui non havvi simulacro di pesatura o di processo, nè intervento di magistrato o concorso di testimonî. Forme e requisiti necessarî sono soltanto i seguenti:

1°) Occorre un'interrogazione del futuro creditore ed una risposta del futuro debitore; le quali, interrogazione e risposta, in origine dovevano essere assolutamente espresse col verbo *spondere*. La stipulazione, in tal guisa necessariamente concepita, prende nome di *sponsio*, secondo che si ebbe già occasione di dire più addietro; ed è, in questa forma originaria, una istituzione del *ius civile* limitata ai cittadini romani.

Vedi e argomenta per questo i passi di Pomponio, Paolo, Gaio trascritti a pag. 44 [1].

---

[1]) Adde Cic. *Pro Roscio com.* 5. 13-14, Plaut. *Trin.* 5. 2. 38-39 e *Capt.* 4. 2. 118.

2°) Fra domanda e risposta si richiede continuità, *unitas actus*, perchè non vi sia dubbio sull'accordo delle parti; non potrebbe intercedere un lungo intervallo fra l'una e l'altra, nè compiersi framezzo una diversa operazione giuridica.

L. 137 pr. D. h. t. 45. 1 (Venul. 1 *stipul.*); « Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet: ceterum si post interrogationem acceperit (1), nihil proderit, quamvis eadem die spopondisset ».

L. 1 § 1 D. h. t. 45. 1 (Ulp. 48 *ad Sab.*): « Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiavit obligationem » (2).

Inoltre fra domanda e risposta deve esserci esatta e piena concordanza, non solo sostanziale ma anche formale. L'oggetto della promessa ha da essere rigorosamente quello stesso della richiesta, nè si possono aggiungere comunque condizioni o patti non proposti. Il promittente deve dire: *spondeo* ecc. (identicamente ciò che è espresso nella interrogazione) oppure *spondeo* senz'altro (3).

---

1) *acceperit*: Donello, Savigny ed altri.

2) Adde L. 6 § 3 e L. 12 pr. D. *de duobus reis constit.* 45. 2.

3) È ben probabile che in antico il promittente dovesse sempre ripetere tutta la proposizione enunciata dallo *stipulator* nella sua interrogazione. Onde può essere il caso, parmi, di rilevare in confronto Cicero *pro Caecina* 3. 7 « .. Si quis quid spopondit, qua in re verbo se obligavit uno ... » — Su questo ed in generale

Gai. 3. 102: « ...inutilis est stipulatio, si quis ad id quod interrogatus erit non responderit, veluti si sestertia X a te dari stipuler et tu sestertia V promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas » (1).

3°) Interrogazione e risposta devono essere verbali (*verborum conceptio*). Ciò implica di necessità la presenza delle parti e la loro idoneità a parlare e ad udire. Non può dunque farsi una *stipulatio* fra assenti, e la *stipulatio* è preclusa ai muti ed ai sordi, non meno che agli infanti. Supplisce la rappresentanza necessaria degli schiavi e dei *filiifamilias*.

Gai. 3. 105 e 136: « Mutum neque stipulari neque promittere posse palam est. Idem etiam in surdo receptum est; quia et is qui stipulatur verba promittentis et qui promittit verba stipulantis exaudire debet » (2). — « ..... cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit » (3).

Paul. 5. 7. 2: « Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur... ».

L. 1 pr. D. h. t. (Ulp. *48 ad Sab.*): « Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque

---

sul presente requisito della corrispondenza fra domanda e risposta si legge con interesse ciò che dice e riproduce (da Christiansen, autore di un trattato di Istituzioni di diritto romano poco conosciuto) Ihering *L'esprit du droit romain* (trad. di O. de Meulenaere sulla 3ª ediz. tedesca) 2ª ed. Paris 1880 vol. 3 pagg. 238-241 e 278. Analogamente Brissaud *Op. cit.* a pag. 48 n. * pag. 286 e gli autori ivi citati.

1) Cfr. § 5 I. *de inutil. stipul.* 3. 19 [20].

2) Cfr. § 7 I. h. t. 3. 19 [20].

3) Cfr. 3. 138; paragrafo escluso da Krueger come un glossema (Girard *Textes* cit., pag. 289 n. 1).

mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent. si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus » (1).

41. — Ma le suddette forme vanno facendosi ancor più semplici ed elastiche col progredir dei tempi. Sul finir dell'epoca classica sono già attenuate notevolmente; nell'età giustinianea poi, si può dire che l'elemento formale sia quasi del tutto tramontato.

Vediamo ciò particolarmente, in corrispondenza alla distinzione e numerazione dianzi fatta.

1°) Ben presto si ammette, sotto l'influenza del *ius gentium,* che lo « spondes? spondeo » possa essere sostituito da parole equivalenti, come « dabis? dabo — promittis? promitto — facies? faciam » e simili; e quindi si ammette pure che la risposta possa seguire senza stretta correlazione formale, mediante semplice affermazione, con « utique — sane — quid ni? ». La stipulazione con queste altre formole è fatta accessibile anche ai peregrini; riserbata la vecchia formola « spondes? spondeo » ai soli cittadini (2). — Con ulteriore sviluppo la *stipulatio* può venir concepita in lingua greca e quindi

---

1) Aggiungi L. 1 §§ 14-15 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. 2 *aureor.*), dove leggiamo che se è incapace il sordo, non lo è poi l'individuo solo duro d'orecchio, il *surdaster* (il che pure riproduce il citato § 7 delle Istituz.); per il muto vedi anche L. 17 D. *de novat.* 46. 2. Aggiungi infine i passi trascritti a pag. 44.

2) In ciò probabilmente è da ravvisarsi un vestigio del carattere religioso dell'antica *sponsio.* Cfr. anche Carle *Orig.* pag. 487.

anche in altra lingua straniera (ma non può tradursi lo « spondes? spondeo »); ed anche si concede che domanda e risposta sieno formulate in idioma diverso, comprendendosi le parti reciprocamente o servendosi esse di un interprete. — Fin tanto che l'imperatore Leone, in una sua costituzione del 472, dichiara che qualunque modo di conclusione verbale del contratto ha valore; non si richiedono affatto certe parole piuttosto che certe altre, e nemmanco è necessaria la forma diretta di domanda del creditore e risposta del debitore; basta il consenso orale in qualsiasi guisa manifestato.

Gai. 3. 92-93: « Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti: *dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubeo; facies? faciam* (1). — Sed haec quidem verborum obligatio *dari spondes? spondeo* propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent; et quamvis ad Graecam vocem, expressae fuerint, veluti hoc modo: Δώσεις; Δώσω· Ὁμολογεῖς; Ὁμολογῶ· Πίστει κελεύεις; Πίστει κελεύω·

---

1) Cfr. Paul. 2. 3. un., che dopo il brano trascritto a pag. 44 così continua: « ... *dabis? dabo: promittis? promitto; fidei tuae erit? fidei meae erit.....* ». Risalendo invece, si nota che già in Plauto troviamo ed il *fidepromittere* (*Menaech.* 5. 4. 6) ed il *dare*, frequente, ed altre espressioni ancora (Vedi i passi cit. a pag. 44 n. 1 ed il libro di Costa ivi indicato). — Avvertasi come la formula *fidepromittis? fidepromitto* non è adoperata soltanto per fondare un' obbligazione accessoria ma anche per far nascere un'obbligazione principale; la vediamo in questa seconda funzione specialmente nella collezione dei trittici di Transilvania, in Bruns *Fontes* p. 1 pag. 288 e segg. ed in Girard *Textes* pag. 806 e segg.

Ποιήσεις; Ποιήσω, (1) [etiam haec] tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant (2); et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio *dari spondes? spondeo* adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse » (3).

---

1) Queste parole greche sono restituite in base alla Parafrasi greca delle Istituzioni, 3. 15. 1 (ed. di Ferrini, Berolini 1884 97, pagg. 322-323). Nel manoscritto di Gaio il copista aveva lasciato lo spazio in bianco. Cfr. Girard *Textes* pag. 283 n. 1.

2) Aggiungi e confronta L. 12 C. *de fideiussor. et mandator* 8. 40 [41]. Analogamente per l'*acceptilatio*, L. 8 § 4 i. f. D. *de acceptil.* 46. 4, riprodotto in § 1 I. *quib. mod. oblig.* 3. 29 [30].

3) Cfr. § 179: « ... nec magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino cum quo sponsus communio non est, *spondes* verbo stipulatus sim ». — Si fa una riserva per la convenzione di diritto pubblico internazionale; riserva che Gaio nel comunicarla, facendo seguito ai paragrafi trascritti nel testo, (§ 94), trova sofistica o meglio oziosa; chè sanzione dell'accordo era la guerra e non già l'azione della *stipulatio*: « Unde dicitur uno casu hoc verbo peregrinum quoque obligari posse, veluti si imperator noster principem alicuius peregrini populi de pace ita interroget *pacem futuram spondes?* vel ipse eodem modo interrogetur. Quod nimium subtiliter dictum est, quia si quid adversus pactionem fiat, non ex stipulatu agitur, sed iure belli res vindicatur ». Cfr. e vedi su ciò anche Carle *Origini* pag. 152 i.f.; da ultimo Perozzi *Op. cit.* a pag. 20 n. 1, pag. 59 n. 2. — Accenni all'antica speciale efficacia della *sponsio*, rimasta l'istituto nazionale e quasi una forma più impegnativa, anche quando furono ammesse altre formule, possono vedersi in Seneca *Epist.* 2. 7 (19) « iam non promittunt de te sed spondent » e nel *crescendo* di Cicerone, *Philipp.* 5. 18 i. f. « promitto, recipio, spondeo ».

L. 1 §§ 2 e 6 D. h. t. (Ulp. 48 *ad Sab.*): « Si quis ita interroganti (1) *dabis?* responderit *quid ni?* et is utique in ea causa est ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset (2) ». — Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium vel cuius alterius linguae, dubitari potest. et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem » (3).

---

(1) In luogo di *interroget*, che si ha nella fiorentina; così nell'edizione di Mommsen. Altri ha proposito *interrogatus* o *interrogetur*.

(2) Il paragrafo così continua: « non tantum autem civiliter sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fideiussorem quidem ». Da ciò deriva un argomento a favore della dottrina escludente che il nudo patto in massima producesse un'obbligazione naturale; ed è, a mio parere, argomento molto importante ed incontestabile, malgrado le osservazioni ingegnose di chi pensa diversamente. Ma di addentrarci nella dibattuta questione a noi non conviene. Piuttosto rileviamo di fronte alla prima parte del paragrafo, riprodotta nel testo e che sola ci interessa nell'attuale esposizione, ciò che è scritto nella L. 17 D. *de novation.* 46. 2 (Ulp. 8 *ad edict.*): « Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest ».

(3) Nella frase « eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest » nell'inizio di questo § 6, ad « alia » è da sostituirsi *altera*; vedi infatti ciò che segue e vedi pure il § 1 I. h. t. 3. 15. 16, « utrum ecc. interest » che più avanti nel testo ripro-

L. 10 C. *de contr. et comm. stipul.* 8. 37 [38] (Leo): « Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem ».

§ 1 I. h. t.: « In hac re olim talia verba tradita fuerunt: *spondes? spondeo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubes? fideiubeo; dabis? dabo; facies? faciam.* utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: nec necesse est eadem linguae utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt. sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est (1), quae sollemnitate verborum sublata sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est » (2).

2°) Rimanendo fermo il requisito dell'*unitas actus*, quanto all'altro requisito della piena ed esatta concordanza fra domanda e risposta delle due parti, non si

---

duciamo. Cfr. anche Bremer *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt* Lipsiae 1896-901 p. 2 sez. 1 pagg. 536-537. — Forse dell'argomento di questo § 6 si occupava Gai. 3. 95 lacunoso. Cfr. Huschke *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt* 5ª ed. Lipsiae 1886 e Krueger, Mommsen, Studemund *Collectio librorum iuris anteiustiniani* Berolini 1878-99, qui e là in nota a Gai. loc. cit.; ancora, Bremer loc. cit.

1) La L. 10 C. trascritta.

2) Con questo e coi paragrafi di Gaio più addietro trascritti confronta la Parafrasi greca delle Istituzioni, loc. cit. a p. 61 n. 1.

richiede più coll'avanzar dei tempi una corrispondenza anche formale od esterna, ma soltanto sostanziale o di contenuto; la stipulazione è valida fino là dove giunge l'accordo, considerandosi appunto l'elemento interno del consenso, la *conventio*, anzichè l'espressione.

L. 1 § 4 D. h. t. (Ulp. 48 *ad Sab.*): « Si stipulanti mihi *decem* tu *viginti* respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. ex contrario quòque si me *viginti* interroganti tu *decem* respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse » (1).

Nel diritto giustinianeo anche una risposta condizionata non invalida l'atto, purchè senz'altro venga accettata dallo stipulante.

Veggasi per questo la stessa L. 1 D., più volte citata, nel § 3. Qui Ulpiano è ancora d'accordo con Gaio nel dichiarare nulla la stipulazione per ciò che venga risposto *sub condicione* a chi interroga *pure et simpliciter* o viceversa:

« Si quis simpliciter interrogatus responderit *si illud factum erit, dabo*, non obligari eum constat: aut si ita interrogatus *intra kalendas quintas* responderit *dabo idibus*, aeque non obligatur: non enim sic respondit, ut interrogatus est. et versa vice si interrogatus fuerit

---

1) È facile ravvisare nella proposizione finale « licet ecc. » la mano dei compilatori. - A questo passo aggiungi L. 83 §§ 2 4 D. h. t., di Paolo (72 *ad ed.*). — Sono imperfette su tal punto le Istituzioni. § 5 *de inut. stipul.* 3. 19 [20], perchè riproducono ciecamente il testo di Gaio omai arretrato.

sub condicione, responderit pure, dicendum erit eum non obligari. cum adicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem....».

Se non che il testo si chiude con questa riserva:

« nisi stipulatori diversitas responsionis ilico placuerit: tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur ».

Non si ha difficoltà a scorgere qui l'opera dei compilatori; ciò, in base a noti elementi di critica interpretativa, cui si aggiunge la specifica considerazione della necessità ancora esistente al tempo di Ulpiano del meccanismo di domanda del creditore e risposta del debitore per la *stipulatio* (1); dal quale requisito invece si decampa colla dottrina espressa nella suddetta riserva (2). — Adunque, per questo punto il mutamento in senso antiformalistico non è avvenuto durante il periodo della giurisprudenza classica, ma posteriormente, ricevendo sanzione ufficiale, per via di interpolazione, nell'età di Giustiniano (3).

---

1) Cfr. il nr. 1°), poco più addietro, (pag. 59 e segg.) ed in ispecie i §§ 2 e 6 di questa medesima L. 1 ivi riprodotti.

2) Infatti l'ordine è qui invertito. Abbiamo una promessa del debitore accettata dal creditore. — Cfr. con questo brano di Ulpiano, a conferma delle cose dette, la L. 35 § 2 D. h. t. di Paolo (*12 ad Sab.*).

3) Ma sonvi autori, e dei più stimati, come Serafini *Istituz. di dir. rom.* 7ª ed. Modena 1899 vol. 2 pag. 104 n. 5 e Ferrini *Manuale di Pandette* cit., pag. 664, i quali ritengono che anche pel primo punto (a principio del nr. 2°), pagg. 63-64: diversità fra il contenuto della prestazione domandata ed il contenuto della prestazione promessa) la regola primordiale siasi cambiata non già durante il periodo del diritto classico, ma solo nel diritto giustinianeo; reputandosi (Ferrini) interpolazione nella L. 1 § 4 D. cit. non solamente la chiusa (licet. ecc.) ma anche le parole « nisi

Infine come una innovazione è da segnalarsi la L. 65 pr. D. h. t. (Florentin. *8 institution.*) donde risulta che l'aggiunta di una frase estranea non vizia la stipulazione:

« Quae estrinsecus et nihil ad praesentem actum pertinentia adieceris stipulationi, pro supervacuis habebuntur nec vitiabunt obligationem, veluti si dicas *arma virumque cano*, *spondeo*, nihilo minus valet ».

3°) Ma anche l'elemento stesso della oralità, implicante la presenza delle parti, gradualmente quasi scompare.

Già durante la Repubblica i contraenti usavano, specie quando la convenzione fosse complessa, di stendere un documento scritto, che si diceva ordinariamente *cautio* o *chirographum*, allo scopo di rendere più sicura e facile la prova della conclusione della *stipulatio* e del contenuto di questa. Tale uso si mantenne ed allargò sotto l'Impero. — Le formule di simili documenti a noi conservate mostrano che essi contenevano una narrazione completa dei fatti, la designazione piena ed esatta dell'oggetto della promessa ed infine la formula della stipulazione (*stipulatio subiecta, instrumento stipulatio interposita*): « rogavit A.$^{us}$ A.$^{us}$, spopondit N.$^{us}$ N.$^{us}$; tantam pecuniam dari stipulatus est A.$^{us}$ A.$^{us}$, spopondit

---

in decem » in ambo i luoghi in cui si trovano. La qual teoria sembra meno probabile (cfr. anche i brani di Paolo cit. a p. 64 n. 1) onde non l'abbiamo accolta. Come noi, fra i più recenti, Bonfante *Istitusioni di diritto rom.* 3ª ed. (Manuali F. Vallardi) Milano [1903] pag. 398, Girard *Manuel* pag. 483, Cuq *Les instit. jurid.* vol. 2 pag. 375 n. 3.

N.us N.us; fide rogavit A.us A.us, fide promisit N.us N.us; ecc. (1).

Ora, sebbene le dette *cautiones* fossero non un elemento costitutivo della *stipulatio*, ma, secondo che si disse, un elemento estrinseco, un puro mezzo di prova, come l'eventuale intervento di testimonî all'atto, d'altro canto, divenuto sempre più frequente l'uso delle *cautiones*, non si indagò più, rigorosamente come prima, se vi fosse stato il consenso orale. — Su questa via invalse nella pratica il principio di considerare avvenuto l'accordo verbale, cioè veramente il contratto, quando il documento così dichiarasse, ed ancorchè in questo si facesse menzione soltanto della *promissio* e non anche dell'*interrogatio*; salvo, s'intende, la prova del contrario, vale a dire che l'accordo verbale non fosse avvenuto. In altri termini, brevemente, la scrittura fa presumere, fino a prova del contrario, l'esistenza del con-

---

1) Cicero: *Top.* 26. 96 dove *la stipulatio* è indicata fra le cose « quae ex scripto aguntur »; *de leg.* 1. 4. 14; *part. orat.* 31. 107; *epist. ad Att.* 16. 11. 7; *pro Caecina* 18. 51; *pro Roscio com.* 13. 37; *ad Herenn.* 2. 10. 14. Esempî concreti nelle tavolette cerate pompeiane e nei trittici di Transilvania, in Girard *Textes* pagg. 785-786 803-804 ed in Bruns *Fontes* p. 1 pagg. 292-293 e 311-312 (Per le prime vedi anche *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* a. 1 [1888] pag. 5 e segg.) Nelle Pandette poi: L. 7 § 12 *de pactis* 2. 14; L. 40 *de reb. cred.* 12, 1 (testo celebre per la sua difficoltà); L. 57 *de donat. inter vir. et ux.* 24. 1; L. 48 *soluto matr.* 24. 3; LL. 122 § 2, 126 § 2, 135 § 3 *de V. O.* 45. 1; L. 11 § 2 *de duobus reis* 45. 2; L. 68 § 1 *de fideiussor.* 46. 1. (Sono passi di Scevola, Papiniano, Callistrato, Paolo, Ulpiano). Per complementi, tenendo conto anche dei papiri, vedi Cuq *Les instit. jurid.* volume 2 pag. 376 n. 3. E per confronto col diritto pubblico vedi Mommsen *Le droit public romain* cit. a pag. 50 n. 1, vol. 1 pag. 281 n. 2.

tratto verbale. — Giustiniano va più innanzi nel dar valore alla scrittura. Siffatta prova del contrario, cioè del non essersi compiuto l'atto verbale dichiarato dallo strumento, diventa inammissibile; si concede soltanto, e fino ad un certo punto, la prova dell'impossibilità che tale atto sia seguìto. Vien stabilito precisamente che l'unico modo di infirmare la fede del documento è la prova patente che una delle parti sia stata lontana dal luogo indicato nell'istrumento durante tutta la giornata ivi indicata. Donde la conseguenza che due persone le quali si trovino nello stesso sito il medesimo giorno, anche per un solo momento, possono concludere una valida *stipulatio* senza riunirsi e dichiarare verbalmente la propria volontà; bastando che redigano di comune intesa un istrumento in cui figuri avvenuto l'accordo orale.

Per ciò che abbiamo detto fin qui in questo nr. 3°) veggansi i seguenti testi:

Paul. 5. 7. 2: « Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur. Quod si scriptum fuerit instrumento promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione praecedente responsum sit ».

L. 134 § 2 D. h. t. 45. 1 (Paul. *15 respons.*): « Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intelligendum etiam a parte Lucii Titii praecessisse verba stipulationis ».

L. 1 C. h. t. 8. 37 [38] (Sever. et Anton.): « Licet epistulae, quam libello inseruisti, additum non sit stipulatum esse eum cui cavebatur, tamen si res inter prae-

sentes gesta est, credendum est praecedente stipulatione vocem spondentis secutam ».

§ 12 I. *de inutil. stipul.* 3. 19 [20] : «...verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est (1). sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus praestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus et non praesentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesareenses advocatos scripsimus, per quam disposimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum sese vel adversarium suum in aliis locis esse ».

L. 14 § 2 C. h. t. 8. 37 [38]. — È la costituzione cui Giustiniano si riferisce nel paragrafo delle Istituzioni ora trascritto (2).

Ben si dice (3) che per effetto della disposizione giu-

---

1) Questo è il principio del diritto antico e classico che Giustiniano ripete; probabilmente sulla guida di Fiorentino (Cfr. Ferrini nel *Bullett. dell'Istituto di diritto romano* a. 13 [1900] pagg. 176-177).

2) Aggiungi a questi testi la L. 30 D. h. t. 45. 1 (Ulp. *47 ad Sab.*) « Sciendum est generaliter, quod si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia sollemniter acta » e il § 8 I. *de fideiussor.* 3. 20 [21], dai quali testi sembra che l'evoluzione indicata sia stata più profonda in materia di fideiussione (cfr. anche la L. 4 § 3 D. *de fideiussor. et nominat.* 27. 7, di Ulpiano *36 ad ed.*).

3) Cfr. Bonfante *Istituzioni di dir. rom.* cit. a pagg. 65-66 n. 3, pag. 399 e Brugi *Istituzioni di diritto privato giustinianeo* Verona-Padova 1897-901 p. 2 pag. 142.

stinianea il carattere ed elemento formale della *stipulatio* viene ad essere riposto puramente e semplicemente nell'*intenzione di stipulare* (*animus stipulandi*) delle parti, salvo soltanto, e fino a un certo segno, la presenza delle stesse. E ben si cita la L. 7 § 12 D. *de pactis* 2. 14 di Ulpiano (*lib. 4 ad ed.*) interpolata nella riserva finale ([1]), per mostrare che nella mente dei compilatori appunto l'*animus stipulandi* è segnalato come l'elemento differenziale fra *stipulatio* e *pactum* : « Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri *rogavit Titius, spopondit Maevius,* haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis : ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter adprobetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium » ([2]).

Nello sviluppo tracciato, onde in pratica prevale la forma scritta e la carta da documento probatorio si eleva a titolo costitutivo di diritto ([3]) — mentre pur la teoria con-

---

[1]) Cfr. Lenel *Palingen. iur. civ.* cit. a pag. 40 n. 3, vol. 2 col. 433 n. 2.

[2]) L'interpolazione risulta per molteplici dati esterni sicuri e conosciuti : il modo ed il carattere della riserva, il superfluo *specialiter*, l'uso della parola *adprobare* nel significato di *provare*. Per la sostanza poi, il *rogavit... spopondit* del documento, nell'età classica certamente indicava sempre la *stipulatio*. Coerentemente, sono da attribuirsi ai compilatori anche il *tantum* e l'*etiam* di « non tantum pactionis loco accipiuntnr, sed etiam stipulationis ».

[3]) Rimanendo però fermo che « neque mutus neque surdus stipulationem contrahere possunt »; L. 1 pr D. h. t. 45. 1 e § 7 I. *de inutil. stipul.* 3. 19 [20]; salvo d'altronde il disposto della L. 17 D. *de novation.* 46. 2. Cfr. per questo pagg. 58-59 e pag. 62 n. 2 i. f.

sidera sempre la *stipulatio* come un contratto verbale e Giustiniano nelle sue Istituzioni [1] ancora ripete l'affermazione di Gaio [2], non poter essere la scrittura causa di obbligazione finchè havvi la *verborum obligatio* [3] — si sono esplicate le influenze elleno-orientali; i Greci erano contrarî ai cerimoniali di parole, graditi ai Romani, preferivano la scrittura. Tali influenze trovarono poi l'addentellato, come si è visto, nel costume romano, sorto già anticamente e quindi sempre mantenutosi ed anzi divenuto più largo e diffuso, di compilare un documento scritto in prova dell'avvenuta *stipulatio* [4].

---

[1]) 3. 21 *de litterarum obligat.*

[2]) 3. 134.

[3]) Cfr. anche pag. 70 n. 3. Ciò che ivi si legge si collega eminentemente alla natura di *verborum conceptio.* — È giusto ed elegante Schupfer nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 7 [a. 1889] pag. 370: « C'era in realtà una grande forza di resistenza in questo contratto (la stipulazione). Esso viene attaccato da tutte le parti, si può dire che cade in brandelli, quasi non lo si vede e non lo si trova più, e nondimeno non si piega; anche ridotto agli estremi, vuol presentarsi come un'obbligazione verbale, quale era stato in origine. Somiglia a un nobile decaduto, che conserva tuttavia nel portamento i segni dell'antico stato felice ».

[4]) Confronta collo svolgimento di questo nr. 3°) (p. 66 e segg.) specie per le influenze sul diritto germanico, il Corso del compianto prof. Nani *Storia del dir. priv. ital.* pubblicato per cura del prof. Ruffini, Torino 1902, pagg. 402-403, 410 e segg. nonchè Salvioli *Manuale di storia del dir. ital.* 4ª ed. Torino 1903 pag. 471 e segg. E ben conclude ed osserva Brugi *Istit.* cit. a p. 69 n. 3, p. 2 pag. 47: « Così il contratto verbale muore nel documento e l'obbligazione si confonde in pratica col chirografo stesso; il diritto giustinianeo segna qui un momento storico cui condussero molteplici cause e dal quale, come nuovo orizzonte, si scopre l'avvenire del contratto. Se maggiore fosse stata la po-

42. — CONTENUTO. FUNZIONE ED USO. In origine la *stipulatio* poteva avere per oggetto soltanto una somma determinata di denaro. Varrone [1] dice espressamente: « spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa ». Varrone stesso poi e ancora Festo fanno derivare, come già abbiamo visto [2], *stipulatio* da *stips*, equivalente a *aes signatum*; il che è un altro argomento per la limitazione suddetta, ancorchè l'etimologia sia sbagliata. — In progresso di tempo può formare oggetto della *stipulatio* anche un altro *certum* diverso dalla *certa pecunia*: qualsiasi *res certa*. — Infine la *stipulatio* può riferirsi anche ad un *incertum*; onde non solo si completa la sfera sua riguardo al *dare* (dazione di un *incertum*) ma essa abbraccia anche il *facere*, positivo o negativo. — Raggruppendo i due primi casi, si distinguono *stipulationes certae* e *stipulationes incertae*, a seconda che costituisce oggetto del contratto un *certum* oppure un *incertum*.

L. 74 D. h. t. 45. 1 (Gai. *8 ad ed. prov.*): « Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa promentiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tuscu-

---

tenza creatrice dell'età giustinianea, minore il rispetto per la tradizione e gli uomini di un'età vedessero chiaro, come i posteri loro, la meta cui eran diretti, la fusione della *stipulatio* coi contratti consensuali e coi *pacta*, redatti anch'essi per solito in iscritto, sarebbe già allora avvenuta nella scuola come nella pratica. E nondimeno quella distinzione teorica di figure giova mirabilmente a farci conoscere gli speciali congegni, dei quali è formato l'odierno sistema contrattuale ».

[1]) *De lingua lat.* 6. 70, in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 59.

[2]) Pag. 47.

lanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum ».

L. 75 pr. e § 7 D. h. t. (Ulp. *22 ad. ed.*): « Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. — Qui id quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti *fossam fodiri, domum aedificari, vacuam possessionem tradi*: in non faciendo, veluti *per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat, per te non fieri quo minus mihi hominem Erotem habere liceat* » (1).

§ 7 I. h. t. 3. 15 [16]: « Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri . . . ».

L'evoluzione suesposta si è compiuta relativamente presto. Possiamo vederlo nel libro sull'agricoltura di Catone censore (2) ed in Plauto (3).

Compiutasi la detta evoluzione, il contenuto della *stipulatio* coincide con quello del rapporto obbligatorio in genere; qualunque prestazione che sia oggetto idoneo di obbligazione può formar materia di *stipulatio*. Esempî svariati forniscono i passi sopratrascritti. — Anche clausole aggiuntive d'ogni specie comporta la *stipulatio*: condizioni, determinazioni di tempo e di luogo. Per es.: « si Titius consul factus erit, quinque aureos dare spondes? »; « decem aureos proximis Calendis Martiis dare spondes? »; « Carthagine dare spondes? ».

---

1) Cfr. L. 6 D. *de R. C.* 12. 1.

2) 146. 2 (in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 51).

3) *Men.* 5. 4. 6; *Capt.* 4. 2. 118; *Epid.* 1. 1. 6.

D'altra parte, certamente, là dove l'obbligazione trova un limite, lo trova anche la *stipulatio*, e perciò è invalida (*stipulatio inutilis*); come la stipulazione di dare una cosa perita od una *res sacra* o ancora un uomo libero [1]; la stipulazione subordinata ad una condizione impossibile (p. es. *si digito caelum attigero, centum dare spondes?*) [2] ovvero puramente potestativa da parte del debitore (stipulazione *si volueris, dari?*) [3], la stipulazione a vantaggio di un terzo (*alteri stipulari nemo potest*) [4]. Per diritto classico non avevano valore nemmeno la stipulazione *post mortem stipulatoris* e quella, equivalente, a favore dell'erede, perchè considerate stipulazioni a vantaggio di terzi [5]; ma Giustiniano le ha dichiarate valide [6]. Ancora, per diritto classico era invalida, come *perplessa*, la *stipulatio praepostera*, cioè quella colla quale si prometteva di fare una prestazione

---

[1]) § 2 I. *de inutil. stipul.* 3. 19 [20] con cui confronta Gai. 3. 97.

[2]) § 11 I. h. t. 3. 19 [20] con cui cfr. Gai. 3. 98; L. 137 § 6 D. *de V. O.* 45. 1.

[3]) L. 46 § 3 D. h. t.

[4]) L. 38 § 17 D. h. t. riprodotta nel § 19 I. h. t. 3. 19 [20]; e § 4 I. h. t.

[5]) Gai. 3. 100. Si ammetteva invece la stipulazione *mihi et heredi meo*; per la quale lo *stipulator* anzichè fare per sè solo un contratto di cui il beneficio sarebbe passato al suo erede, lo faceva addirittura esplicitamente per sè ed erede.

[6]) L. 11 C. *de contr. et comm. stip.* 8. 37 [38], riassunta nel § 13 I. *de inutil. stip.* 3. 19 [20], e L. un. C. *ut actiones et ab herede* 4. 11. — Lo stesso svolgimento è avvenuto per la *stipulatio* con cui il promittente si impegnava *post mortem* o impegnava il suo erede; veggansi i testi stessi ora citati. Così l'antico principio *ab heredis persona obligatio incipere non potest* (Gai. 3. 100 cit. e 158) è completamente scomparso nel diritto giustinianeo.

sottoposta a condizione prima dell'adempimento di questa (p. es. *si navis ex Asia cras venerit, hodie dare spondes?*); ma anche quella, poscia, da Leone rispetto alla dote e da Giustiniano in generale, ossia per qualsiasi materia, venne dichiarata valida, come stipulazione condizionata, non tenendosi conto dell'assurda anticipazione [1].

43. — Il rapido estendersi dell'orbita della *stipulatio* insieme ai pregi suoi, di elasticità e semplicità di forma e di precisione e determinatezza di atto e contenuto, spiegano l'importanza considerevole acquistata da tale negozio, così nella dottrina come nella pratica.

Quanto alla dottrina, i giureconsulti romani e al loro seguito i compilatori giustinianei svolgono e discutono i concetti generali in materia di contratti (come la capacità delle parti, il consenso, l'oggetto, il tempo del pagamento, la divisibilità, ecc.) prendendo per base ed esempio la *stipulatio*, quale tipo o paradigma dei contratti obbligatorî [2]; onde la stipulazione tiene il primo posto nel campo della scienza romanistica relativamente alla materia delle obbligazioni ed offre un prezioso contributo alla dottrina odierna del contratto.

---

[1]) § 14 I. *de inutil. stipul.* 3. 19 [20] e L. 25 C. *de testamentis* 6. 23 ivi richiamata.

Sorvoliamo ragionevolmente — poichè se ne parla di proposito ed *in extenso* nella *Parte generale* delle *Obbligazioni* — su tutte queste materie, compreso il grave argomento dei contratti a favore di terzi. Certo, ha in questo argomento larga parte la *stipulatio*, come si sa; ma pur di esso meglio e più giustamente si discorre nella suddetta *Parte generale*.

[2]) Cfr. specialmente il nostro titolo *de verborum obligationibus* del Digesto, 45. 1; da considerarsi nell'abbondanza dei frammenti e varietà delle materie in essi trattate.

Nel commercio poi e nella vita pratica dei Romani la stipulazione diventa uno strumento che serve a rendere obbligatorî gli accordi più svariati, un mezzo generale di dar carattere ed efficacia civile alle convenzioni [1]. E nei paesi neo-romani, sotto l' Impero, si arriva a vedere, con sviluppo singolare, nella *stipulatio*, reale o considerata come avvenuta, non solo un mezzo con cui trasformare le semplici convenzioni in contratti muniti di azione, ma anche uno strumento servente a dare efficacia e validità ad atti dei più estranei al campo proprio della *stipulatio* ossia alla materia delle obbligazioni, quali manumissioni e testamenti. Si possono vedere per la parte orientale dell'Impero un testamento dell'anno 235 ed una manumissione dell'anno 354 [2]; il documento in entrambi i casi finisce colle parole ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγηκα (*interrogatus* [*stipulanti*] *spopondi*)

---

[1]) Per questo confronta anche l'etimologia di Paolo riprodotta nelle Istituzioni giustinianee (vedi pag. 47); il paragrafo relativo comincia così: « Obligationum firmandarum gratia stipulationes inductae sunt »; e di Paolo stesso vedi anche 2. 22. 2. V. poi Ulp. (77 [70] *ad ed.*; cfr. Lenel *Palingen. iur. civ.* cit. a p. 40 n. 3, vol. 2 col. 868) nella L. 1 § 4 D. *de stipulat. praet.* 46. 5 « ... sciendum est omnes stipulationes natura sua cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione » e Giustiniano nel § 3 I. *de divis. stipul.* 3. 18 [19], dove dice che delle *stipulationes conventionales* « totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum ». Adde ancora L. 7 § 12 D. *de pactis* 2. 14 (vedi pag. 70), L. 45 D. h. t., L. 3 C. *de rerum permutat.* 4. 64.

[2]) Riprodotti da Mitteis *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs* [Diritto imperiale e diritto popolare nelle provincie orientali dell'Imp. rom.] Leipzig 1891 pag. 487.

e quindi segue la firma [1]. Nella parte occidentale dell'Impero questa espansione irrazionale ha avuto luogo più tardi; ma è pur avvenuta; e probabilmente va riannodata ad essa la nota clausola « cum stipulatione subnixa » che trovasi aggiunta nell'età di mezzo ai documenti più svariati [2].

44. — Rimettendoci ora nella sfera propria della stipulazione, ossia nella sfera dei rapporti obbligatorî, osserviamo che la *stipulatio* non veniva usata soltanto in rapporto alle semplici convenzioni, ai *pacta*, per dar loro forza ed efficacia civile. Frequentemente noi ne vediamo fatto uso pure in relazione ad un vero contratto, cioè ad una delle convenzioni progressivamente riconosciute

---

[1]) In generale per tutto questo svolgimento vedi anche i Basilici ed. di Heimbach, Lipsiae 1833-70, vol. I pag. 571 schol. 27. E soggiungiamo che ancora in uno strumento contrattuale comcompilato in Atene nell'anno 1431 viene usata la formula ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ ὁμολογίας; cfr. Zachariä von Lingenthal *Geschichte des griech.-röm. Rechts* [Storia del dir. greco-romano] 3ª ed. Berlin 1892 pag. 294 n. 980.

[2]) Su quest'ultimo punto confronta pure lo scritto del prof. Del Vecchio *Sulla clausola « cum stipulatione subnixa »* Torino 1898 (estr. dagli *Studi Giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*; Storia del diritto ital., pag. 175 e segg.). L'Autore, dopo aver considerate criticamente le varie teorie in merito alla interpretazione della clausola suddetta raffrontandole coll'analisi dei diversi documenti, arriva alla conclusione che « il concetto della *stipulatio* romana nel decorso del tempo perdette vieppiù della sua primitiva essenza, fino a che nel Medio Evo si ebbe soltanto la nozione vaga che la clausola della *stipulatio* si riferisce al sistema contrattuale del diritto romano e che è utile inserirla nell'istrumento ». La frase *cum stipulatione subnixa* altro non è che una formola di uso tradizionale, ripetuta e riprodotta macchinalmente, senza reale importanza.

obbligatorie e munite di azione, specie in relazione ad un contratto consensuale; l'intero contenuto del contratto veniva riassunto in una *stipulatio*, come segue: *haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondes?* (1).

Per via di tale stipulazione (*accessoria* o *confermativa* o *recettizia*) migliorava la posizione del creditore; chè il diritto suo era meglio fissato e precisato, la prova facevasi più agevole, e specialmente evitavasi il pericolo di ingiustizie e debolezze da parte del giudice. Avvertasi per quest'ultimo punto, da accentuarsi, che il largo potere di cui godeva l'*arbiter* in un giudizio di buona fede, ove non fosse usato con grande saggezza ed imparzialità, poteva degenerare facilmente in ingiustizia; una *bona causa* andava incontro a minori pericoli se svolta davanti al *iudex*, in un *iudicium stricti iuris*. Cicerone nell'orazione *pro Roscio comoedo* dice (2): « .... cum ad iudicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum confugiunt »; e Seneca nel suo *de beneficiis* (3): « ...melior videtur condicio causae bonae si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur; quia illum formula includit et ceteros, quos non excedat, terminos ponit; huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit, regere ». Certo, anche in un negozio di buona fede con accordi (*leges*) esattamente determinati potevasi restrin-

1) L. 71 pr. D. *pro socio* 17. 2.
2) 4. 13.
3) 3. 7. 5.

gere il potere discrezionale dell'*arbiter*, sì che non avesse questi « infinita licentia », per parlare ancora con Seneca; ma la garanzia non era mai così efficace come i *verba stipulationis*, come la formula che *iudicem includit*; mercè la *stipulatio* il creditore aveva un rimedio processuale più energico e più sicuro. — Il vantaggio sopraindicato della *stipulazione confermativa* scemava notevolmente, ma non spariva però, quando la stipulazione consecutiva al contratto era incerta, onde la formula conteneva l'*intentio* indeterminata *quidquid dare facere oportet*.

45. — Altrimenti si spiega l'uso molto frequente della *stipulatio* in rapporto al mutuo fruttifero di denaro. Poichè il *mutuum* per sè era un contratto essenzialmente gratuito, la *stipulatio* era necessaria per fondare l'obbligazione degli interessi. Essendovi tale necessità, sorse l'uso di stipulare non solo gli interessi, ma anche il capitale. — Su ciò avremo occasione di tornare quando esporremo la dottrina del mutuo.

46. — Seguitando coll'indicazione delle funzioni e degli usi del nostro contratto, rileviamo come la *stipulatio* potesse servire a trasformare un rapporto obbligatorio esistente, ad operare una novazione, per cui estinguevasi l'obbligazione esistente col crearsi di una nuova obbligazione, che a quella sottentrava; novazione obbiettiva (*novatio inter easdem personas*) o novazione subbiettiva (*interventus novae personae*).

Rimandiamo per tale materia alla dottrina della *novazione* nella *Parte generale* delle *Obbligazioni*. — Ricordiamo però, che nel diritto nuovo il mezzo onde fare una novazione, addirittura non può essere

che la *stipulatio*, mentre nel giure classico serviva allo scopo anche la trascrizione nel *codex accepti et expensi*, indi tramontata. Convien pure che si faccia speciale menzione della *stipulatio Aquiliana*, stipulazione novatoria che serviva a rendere generalmente applicabile l'*acceptilatio*.

Ed ecco qui ripresentarsi daccapo, nell'*actus contrarius*, la stipulazione, in altra funzione ancora, quella cioè di estinguere un rapporto obbligatorio.

47. — Collegandoci alla materia di cui si disse nel numero precedente, notiamo che la stipulazione, come può servire per la sostituzione di un altro creditore o debitore a quello esistente (*novazione*), così può servire anche per aggiungere invece un creditore o debitore accessorio a quello esistente. Ed eccoci, con ciò, dinanzi i due istituti dell'*adstipulatio* e dell'*adpromissio*. L'*adstipulatio* ha avuto anticamente una certa utilità pratica. L'*adpromissio* — nelle tre forme, *sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*, di cui soltanto l'ultima havvi nel diritto giustinianeo, com'è noto — fu il mezzo principale di stabilire una garanzia personale.

Senonchè dell'*adpromissio* appunto, meglio si tratta nella *Parte generale* della materia delle *Obbligazioni*, a proposito delle convenzioni accessorie dirette ad assicurare l'adempimento di un'obbligazione. Qui ci limitiamo a dire dell'*adstipulatio* (*).

48. — Poteva esser utile o addirittura necessario per lo *stipulator*, che l'azione derivante dal negozio non

---

* Da ultimo v. *Adstipulator* nella Paulys *R.-Encyclop.* cit. a pag. 20 n. *, vol. I col. 429, di R. Leonhard.

fosse ristretta esclusivamente alla sua persona, ma che un altro ne fosse rivestito e potesse esercitarla in sua vece, come pure potesse anche stragiudizialmente esigere o ricevere il pagamento per conto suo; basta pensare ai casi di viaggio, di assenza in generale, di poca pratica di affari, per comprendere siffatta utilità o necessità.

Ma non sopperiva a ciò l'antico diritto processuale delle *legis actiones*, nel quale non era ammesso, per principio, che si potesse agire in giudizio *alieno nomine*. In tale stato di cose, si ricorse allo spediente di far accedere al negozio un'altra persona, di fiducia del creditore, la quale una volta concluso il contratto si faceva promettere nell'interesse di quello, con una seconda *stipulatio* accessoria, dal medesimo debitore il medesimo oggetto (era ammesso un *minus*, non invece un *plus*, conforme al carattere accessorio del negozio) e da principio probabilmente cogli stessi *verba*. L'atto dicevasi *adstipulatio*, e *adstipulator* il creditore accessorio. A differenza dell'*adiectus solutionis gratia*, che può soltanto ricevere il pagamento, l'*adstipulator*, come quegli che è pur creditore, può inoltre agire in giudizio pel pagamento del credito e può anche estinguerlo per via di *acceptilatio*; tali atti suoi sono validi, salvo che ne risponde al creditore, di cui è mandatario, secondo le regole generali del mandato.

Ammessa nel periodo delle *formulae* la rappresentanza processuale, l'istituto dell'*adstipulatio* perdette la descritta sua originaria utilità. — Senonchè, nel frattempo da questo istituto si era dedotta un'altra funzione utile, la quale si conservò più a lungo. Precisa-

mente, non essendo valida la stipulazione *post mortem stipulatoris* o a vantaggio dell'erede di questo, che equivale [1], si escogitò di ottenerne indirettamente il risultato aggiungendo un *adstipulator*, il quale potesse agire dopo la morte dello *stipulator* principale e rispondesse agli eredi di quest'ultimo, in forza dell'*actio mandati*, di quanto avesse ricevuto dal debitore. Ai tempi di Gaio l'*adstipulatio* non aveva più che questa funzione.

Ma anche questa funzione venne a cessare quando Giustiniano riconobbe la validità delle *stipulationes* concluse per un tempo posteriore alla morte del soggetto, stipulante o anche promittente [2]. E così l'istituto dell'*adstipulatio* è affatto scomparso nel diritto giustinianeo.

49. — Riproduciamo ora Gai. 3. 110-114, 117, la fonte principale in materia [3]:

« Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere qui idem stipuletur; quem vulgo adstipulatorem vocamus [4]. — Et huic proinde actio conpetit proindeque ei recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus

---

[1]) Vedi pag. 74.

[2]) *Ut supra.*

[3]) Il restante materiale avremo occasione di vederlo successivamente. Già trascritto, a pag. 47 n. 1, è Festo v. *Reus*, che pure a questa materia si riferisce e va considerato come confermante il carattere accessorio dell'istituzione.

[4]) Huschke suppone che questo paragrafo fosse preceduto dalla proposizione « quamquam vero ut diximus, alius, qui iuri nostro subiectus non est, inutiliter nobis stipulatur » o simili, dal copista innavertitamente presa per una rubrica ed omessa quindi. Vedi *Gai Instit. comment. quattor separatim ex Iurisprud. anteiustin. reliquiarum a Ph. E. Huschke compositarum* edit. 6ª ediderunt E. Seckel et B. Kuebler Lipsiae 1903, h. l. pag. 152 n. 6.

erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur. — Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator quam quibus nos usi sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim *dari spondes?* ille sic adstipulari potest *idem fide tua promittis?* vel *idem fideiubes?* vel contra (1). — Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia x stipulatus sim, ille sestertia v stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub condicione stipulari potest; contra vero non potest. Non solum autem in quantitate sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare (2). — In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem (3). Item servus adstipulando nihil agit, quamvis ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirat. Idem de eo qui in mancipio est, magis placuit; nam et is servi loco est. Is autem qui in potestate patris est, agit aliquid, sed parenti non adquirit, quamvis ex

---

1) I tre esempi — *spondes? fidepromittis? fideiubes?* — sembrano scelti espressamente per far confronto colla *adpromissio*, che è di tre specie diverse, in rapporto appunto a quelle tre diverse parole.

2) Cfr., successivamente, 3. 126: « In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re ». Con questo § 126 e coll'altro (§ 113) confronta poi il § 5 I. *de fideiussor.* 3. 20 [21].

3) Cfr. 4. 113.

omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat. Ac ne ipsi quidem aliter actio conpetit, quam si sine *capitis* deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. Eadem de filia familias et quae in manu est dicta intellegemus (1). — ..... adstipulatorem..... tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur; *quia enim nobis ut post mortem nostram detur* (2) stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi [meo] tenetur ».

50. — Dobbiamo fare ancora qualche osservazione in rapporto all'istituto in discorso.

1°) L'*adstipulatio* si distingue e nella forma e nella sostanza dalla figura della correalità attiva. Nella forma, per ciò che havvi un contratto distinto, una seconda *stipulatio*; mentre nella correalità attiva vi ha un unico contratto, con che il debitore si impegna verso tutti i creditori. Nella sostanza, per ciò che nel nostro caso abbiamo un creditore principale ed un creditore accessorio; mentre i *correi stipulandi* sono tutti creditori principali, nello stesso grado.

---

1) Gaio seguitando, § 115 e segg., parla dell'*adpromissio*: « Pro eo quoque qui promittit solent alii obligari; quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus » ecc.

2) Qui il manoscritto è lacunoso, probabilmente per identità di parola, *detur*, che ha dato luogo al salto. Noi, come sempre, ci siamo attenuti a Girard *Textes* (pag. 286) che segue Mommsen (*Collectio* cit. a pagg. 62-63 n. 3 vol. I [Gai *Instit.* ed. 4ª] pag. 128 note). Altri in altro modo. Tutti però concordemente nella sostanza, su cui infatti non può esservi dubbio.

2°) L'*adstipulator* è stato da noi indicato come un mandatario del creditore principale. Ed infatti — pur non essendo assolutamente esclusa la concezione di un *adstipulator* donatario il quale profitti del credito riscosso, come può esservi, parimenti, un'*adiectio solutionis gratia* fatta *donandi animo* (1) — in Gaio (§ 111) il *iudicium mandati* appare imprescindibile (2). Aggiungasi che è colla qualità e posizione di mandatario del soggetto che si spiegano certe regole speciali in materia di *adstipulatio* indicateci da Gaio (§ 114), e precisamente: intrasmissibilità del credito agli eredi dell'*adstipulator*; non acquisto del credito al *paterfamilias* dell'*adstipulator*, di cui l'*adstipulatio* sarà nulla se è schiavo o anche (per opinione prevalsa) se è persona *in mancipio*, sarà *in suspenso* trattandosi invece di *filiusfamilias* (maschio o femmina) o di donna *in manu*, finchè questi possano diventare *sui iuris* senza subire *capitis deminutio*, che estinguerebbe il credito.

Ma sarebbe errore ritenere che l'*adstipulator* fin dall'origine dell'istituzione fosse tenuto coll'*actio mandati*, ed argomentare dalle cose anzidette, che già in età antica

---

1) L. 131 § D. h. t. 45. 1.

2) È qui il caso di riprodurre la L. 59 pr. D. *mandati* 17. 1 (Paul. 5 [4] *respons.*): « Si mandatu Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat stipulatus esset non donandi animo, mandati iudicio eum ab herede Titii posse conveniri, ut actiones suas praestet: idem est et si exacta est a Calpurnio pecuniam ». Si è opinato che originariamente in questo testo fosse scritto *adstipulatus esset* in luogo di « stipulatus esset non donandi animo »; vedi Lenel *Palingen.* cit. a pag. 40 n. 3, vol. 1 col. 1229 n. 2 e *Gai Instit. comm.* cit. a pag. 82 n. 4, pag. 154 nota al § 117.

esistesse il contratto di mandato con carattere e valore giuridico. A prescindere da altre considerazioni in contrario, basta ricordare come il secondo capo della *lex Aquilia* contempli l'ipotesi che l'*adstipulator* abbia liberato il debitore mediante accettilazione *in fraudem* dello *stipulator*.

Gai. 3. 215 : « Capite secundo (*legis Aquiliae*) *adversus* adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit quanti ea res est, tanti actio constituitur ».

Che se Gaio stesso dice nel seguente paragrafo, 216 : « Qua et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est ; sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret ; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur » (1). — ciò sta bene per l'età sua, ma non certamente per il tempo in cui fu fatta l'anzidetta famosa legge. Il disposto di questa, nel secondo capo, prova, ripeto, che in quel tempo non eravi ancora l'*actio mandati*. Come in altri casi (p. es. è da ritenersi così in materia di mutuo, per la restituzione del medesimo) la primitiva tutela è fondata sul concetto del delitto, e più tardi si sostituisce la base contrattuale (2).

---

1) Cfr. 4. 9.

2) Circa il suddetto capo della *lex Aquilia* può parer strano che si sia contemplato soltanto il caso di *acceptilatio* e non anche quello di pagamento. Ma il dubbio può togliersi, ed in varia guisa: 1) Probabilmente all'epoca della *lex Aquilia* il pagamento da solo senza *acceptilatio* non bastava ad estinguere l'obbligazione. 2) Forse l'appropriazione da parte dell'*adstipulator* dell'entità ricevuta in pagamento dal debitore per conto dello *stipulator* costituiva un altro delitto, un *furtum*. — In

Osserviamo da ultimo, che il meccanismo dell'*adstipulator* tenuto coll'*actio mandati* verso gli eredi dello *stipulator*, conformemente alla descrizione di Gaio (§ 117), è in teoria criticabile ed illogico: perchè il mandato di render conto agli eredi che lo stipulante conferiva all'*adstipulator* avrebbe dovuto esser nullo, come una convenzione a profitto di terzi, non meno della stipulazione *post mortem stipulatoris* od a favore dell'erede di questo; ed ancora, perchè il mandato, come tutti sanno, colla morte del mandante, cioè qui dello *stipulator*, rimane estinto (1).

3°) Che l'uso dell'*adstipulatio* risalga ai tempi delle *legis actiones* ed essa servisse originariamente a supplire alla rappresentanza processuale mancante, è ipotesi; ma ipotesi molto probabile, e perciò generalmente accolta dagli autori (2).

51. — Parlando delle varie applicazioni della *stipu-*

---

materia, ossia per questo secondo capo della *lex Aquilia*, vedi anche L. 27 § 4 D. *ad leg. Aquil.* 9. 2 « Huius legis (Aquiliae) secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit » e § 12 I. *de lege Aquil.* 4. 3 « Caput secundum legis Aquiliae in usu non est », che è come la constatazione ufficiale e diretta della scomparsa dell'*adstipulatio*.

1) Si ricorda che a pag. 85 siffatta estinzione abbiamo visto invece per la morte del mandatario, ossia dell'*adstipulator* (Gai. 3. 114 ivi citato).

2) A suo suffragio possiamo anche addurre Cic. *in Pisonem* 9. 18 e *pro Quinctio* 18. 58, Pseudo-Cicer. *Epist. ad Octavianum* « ... cuius avus fuerit argentarius, adstipulator pater, uterque vero precarium quaestum fecerit, sed alter usque ad senectutem ..... alter a pueritia ..... ». Sembra, come si vede, che della funzione di *adstipulator*, al pari di altre funzioni processuali, si facesse mestiere.

*latio*, dobbiamo accennare anche alla *stipulatio poenae*; onde era promessa una prestazione, d'ordinario una somma di denaro, per l'ipotesi che non avesse luogo un'altra prestazione.

Nel concetto generale, per seguire il filo del discorso [1], possiamo aggiungerla all'*adpromissio*. Come questa, la *stipulatio poenae* è principalmente un mezzo per assicurare l'adempimento di un'obbligazione. Il debitore, colla minaccia della pena, è stimolato alla esecuzione dell'obbligo che gli incombe. Ove poi l'obbligazione non venga tuttavia eseguita, la *stipulatio poenae* serve a procurare al creditore un risarcimento più rapido, più certo e più completo [2]. — I Romani adoperavano inoltre la *stipulatio poenae* per dare indirettamente efficacia a dei rapporti che il diritto non sanciva o sanciva solo imperfettamente. In questo può trovarsi anzi la funzione originaria dell'istituto, la quale naturalmente va restringendosi col progressivo riconoscimento dei rapporti contrattuali. Per la stessa *stipulatio*, di cui il possibile contenuto ed oggetto va grado grado estendendosi [3], è da ritenersi che dapprima solo indirettamente, mediante *stipulatio poenae*, abbia avuto efficacia la stipulazione di un *incertum* [4].

Non diciamo di più sopra questa materia, perchè la

---

[1]) Vedi nr. 47 pag. 80.

[2]) Vedi specialmente il § 7 I. *de V. O.* 3. 15 [16] e L. 11 D. *de stipulat. praet.* 46 5.

[3]) Vedi pag. 72 e segg.

[4]) Cfr. anche, fra gli altri, Bonfante *Istituz.* cit. a pagg. 65-66 n. 3, pag. 400.

teoria della *stipulatio poenae* appartiene alla *Parte generale* delle *Obbligazioni*.

52. — Alla *Parte generale* delle *Obbligazioni* appartiene anche la dottrina delle *Obbligazioni correali*; alla quale pure conviene che qui si accenni, per dire che di tali obbligazioni la *stipulatio* fu la fonte primitiva e rimase anche in seguito fonte principale [1], e per esporne l'originario meccanismo e tenore, in tal caso, descritto nel pr. I. *de duobus reis stipulandi et promittendi* 3. 16 [17]:

« Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat *spondeo*. ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat *utrique vestrum dare spondeo*: nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* respondeant singuli separatim *spondeo* » [2].

---

[1]) Veggasi specialmente Papiniano (*27 quaest.*) nella L. 9 pr. D. *de duob. reis constit.* 45. 2 dove leggiamo che « ... fiunt duo rei promittendi ... non tantum verbis stipulationis sed et ceteribus contractibus ... »; e arg. Marcello (*6 digest.*) nella L. 47 D. *locati cond.* 19. 2, che serve di conferma. Si pensi poi che sono usate per eccellenza le parole *duo rei* (*correi*) *stipulandi, promittendi*, per indicare creditori e debitori correali — rubrica del titolo *sedes materiae* nelle Istituzioni, 3. 16 [17] e nel Codice 8. 39 [40] — e veggasi ancora la posizione di questi titoli e dell'altro del Digesto *de duobus reis constituendis* 45. 2.

[2]) Mommsen opina, come è detto in nota nell'edizione di Krueger, che dopo « duo pluresve rei promittendi ita fiunt »

Come tale rigore non siasi mantenuto, lo si vede nelle LL. 3 pr. e 4 D. *de duobus reis constit.* 45. 2 (Ulp. 47 *ad Sab.*; Pomp. 24 *ad Sab.*) (1).

53. — Indicando le funzioni e l'uso della *stipulatio*, dobbiamo dire infine, che non vi erano soltanto stipulazioni concluse liberamente per accordo spontaneo delle parti, ma anche stipulazioni contratte dietro ordine del magistrato oppure del *iudex*, conforme alla classica partizione del processo, oppure ancora dietro ordine di questo o di quello. Donde la distinzione di *stipulationes conventionales seu voluntariae* e *stipulationes necessariae*.

Queste ultime dicevansi anche *cautiones* o *stipulationes cautionales*; per lo scopo loro di garantire contro turbative e danni (2). Tali erano p. es. la *cautio damni infecti*, la *cautio de amplius non turbando*, la *cautio ratam rem dominum habiturum*, ecc. Si suddistinguevano, corrispondentemente a ciò che sopra si disse nell'indicarle, in *praetoriae*, *iudiciales*, *communes*; suddistinzione puramente storica nel diritto giustinianeo, tramontato oma.

---

seguisse nel testo originale, su cui questo paragrafo è da ritenersi fatto, *ut interroget stipulator* o simili, brano tolto malamente dai compilatori. Altri prepone al successivo « respondeant » un *si*. Cfr. Girard *Textes* pag. 709 n. 1.

1) E per la clausola che sembra sia prevalsa nella pratica vedi Girard *Manuel* pag. 735 nota 1.

2) La parola *cautio* trovasi adoperata anche per indicare la stipulazione in generale (il che si collega all'importanza acquistata dal documento; vedi pag. 66 e segg.) ed anche contratto in generale; ma più specialmente denota queste stipulazioni necessarie. Cfr. i noti dizionarî delle fonti (pagg. 9-10 n. 4) ad voc.

l'*ordo iudiciorum*, sicchè magistrato e giudice si identificano.

I. *de divisione stipulationum* 3. 18 [19]: « Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes tam praetoriae quam iudiciales. — § 1. Iudiciales sunt dumtaxat quae a mero iudicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio vel de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio. — § 2. Praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti vel legatorum. praetorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. — § 3. Conventionales sunt, quae ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est neque iussu iudicis neque iussu praetoris, sed ex conventione contrahentium. quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum. — § 4. Communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: vel de rato stipulatio » (1).

I particolari di questa materia si espongono nel trattato della *Procedura* (2). — A questo trattato rimandiamo

---

1) Cfr. L. 5 pr. D. *de V. O.* 45. 1 (Pompon. *26 ad Sab.*). Di qua è preso il testo trascritto. Poche sono le varianti. Fra queste si rileva che le Istituzioni nel proemio aggiungono « vel de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio » e nel § 1 « vel legatorum ». Tali aggiunte sono buone e paiono genuine. Che sieno cadute nei manoscritti del Digesto? Che i compilatori consultassero l'opera genuina? Cfr. Ferrini nel *Bullettino dell'Istit. di dir. rom.* a. 13 [1900] pag. 175.

2) Ivi anche per la tripartizione ulpianea delle *stipulationes*

anche per la completa indicazione della molteplice importanza e delle diverse applicazioni della *stipulatio* nel processo appunto. Vogliamo solo accennare ancora, per analogia, come recentemente si sia ritenuto che processuale fosse la primitiva funzione della *stipulatio*; il che si connette alla grave questione dell'origine della medesima [1].

54. — Rapporto colla causa. In origine la *stipulatio* è affatto indipendente dalla causa. Che la causa esista e sia lecita non si ricerca nè si richiede; la stipulazione per se stessa ha valore e dà vita all'obbligazione, ed in base ad essa senz'altro il giudice condanna; impera il principio formale; la stipulazione è negozio formale nel senso più assoluto.

In progresso di tempo, a cominciare già dallo scorcio del periodo repubblicano, si reagisce contro le conseguenze inique che potevano derivare da siffatto rigoroso formalismo; e se pure il contratto nella sua nascita rimane sempre indipendente dalla causa, si ammette però che possa paralizzarsi l'effetto del medesimo quando la causa manchi o sia illecita. Ciò avviene per opera del

---

*praetoriae*, in base essenzialmente allo scopo: L. 1 pr. e §§ 1-4 D. *de stipulat. praet.* 46. 5.

[1]) Vedi, per la suddetta opinione, Mitteis nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* cit. a pag. 7 n. *, vol. 22 [a. 1901] pag. 97 e Costa *Corso* vol. 2 pag. 221: « La sfera primitiva degli impegni resi giuridicamente obbligatorî dalla stipulazione ci è ignota. La congettura ch'essa abbracciasse dapprima quelli nascenti da un procedimento già iniziato e mirasse a guarentirne l'adempimento in figura di *satisdatio*, potrebbe confortarsi col riscontro d'altri diritti; nei quali la prima figura di promessa obbligatoria è la *cautio* processuale ».

diritto pretorio e del *ius civile*; il primo soccorre il debitore con una *exceptio doli* (1), il secondo a lui provvede mercè le *condictiones*.

In riguardo alla menzionata *exceptio doli* va particolarmente osservato, che essa dapprima fu applicata a quella stipulazione che era stata fatta nella presupposizione di un mutuo di denaro avvenuto, allo scopo di assicurare la restituzione del medesimo; mentre poi il denaro non erasi dato al mutuatario. In seguito l'*exceptio* si estendeva agli altri casi, acquistando valore e portata generale.

55. — Importa di rilevare tale prima applicazione della anzidetta *exceptio doli* per ciò, che pel medesimo caso si evolve, nell'età imperiale, dalla generica *exceptio doli* una eccezione specifica, detta *exceptio non numeratae pecuniae*; la quale più particolarmente spiega l'efficacia sua contro lo scritto o chirografo del debitore addotto in prova della stipulazione *de mutuo restituendo* sopraindicata. — Tale eccezione presenta nel suo sviluppo una strana singolarità. Contrariamente alla regola *reus in exceptione actor est*, onde il convenuto deve dar la prova dei fatti su cui fonda le sue eccezioni (2), qui il convenuto non è astretto a provare che non ha ricevuto il denaro. Basta che egli adduca l'eccezione; basta che neghi il versamento. Senz'altro l'attore è costretto per ciò a provare altrimenti, vale a dire con mezzi diversi dal chirografo anzidetto, che il versamento è in

---

1) È qui interessante in particolare il libro del prof. Costa *L'exceptio doli* Bologna 1897 pag. 76 e segg.

2) L. 1 D. *de exception.* 44; L. 9 D. *de probation.* 22. 3.

realtà e per intero avvenuto [1], e se in questo non riesce, il convenuto viene assolto; mentre se la detta prova riesce, il convenuto naturalmente viene condannato, ed anzi può venir condannato nel doppio, a titolo di pena, per disposizione di Giustiniano. — Fu anche autorizzato il debitore a prendere l'iniziativa; cioè, senza e avanti che fosse convenuto in giudizio pel pagamento, egli poteva indirizzare al creditore stesso od al magistrato una protesta (*contestatio*) che la somma non gli era stata consegnata, oppure intentare azione (*condictio*) per riavere il documento non conforme a verità. — L'istituto complessivo, nella triplice forma indicata (*exceptio, contestatio, condictio*) prendeva nome di *querella* (*querela*) *non numeratae pecuniae* [2] *. Sua fonte sono

---

[1]) Diciamo anche *per intero*, riferendoci al caso in cui il debitore non neghi in via assoluta d'aver ricevuto, ma opponga che gli fu dato meno di quanto erasi convenuto.

[2]) In quanto il mezzo relativo viene proposto, l'emittente dello scritto *queritur de non numerata pecunia.*

* Segnaliamo il titolo *de non numerata pecunia* C. 4. 30 ed il titolo *de litterarum obligatione* I. 3. 21. — Nella letteratura va indicata la monografia italiana di Facelli *L'exceptio non numeratae pecuniae in relazione col contratto letterale del diritto romano* Torino 1886, con ampie notizie bibliografiche; su di essa la recensione di Fadda nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 2 [a. 1886] pag. 459 e segg. La detta monografia fu premiata dall'Università di Roma (*premio Corsi*). Al lavoro originale è aggiunta, in doppia appendice, la traduzione di due scritti tedeschi, rispettivamente di Bähr e di L. Goldschmidt, sul medesimo argomento. (Al primo scritto il traduttore aggiunge note e richiami. Il secondo scritto è riassunto). È svolto anche l'argomento collegato, del contratto letterale; come appare già nel titolo. La recensione del prof. Fadda rileva con ragione alcuni difetti, ma in genere parmi troppo severa; mentre il libro,

certo rescritti imperiali, dai quali però più che introdotta fu la menzionata *querella* riconosciuta e disciplinata. Sembra che dapprima, durante il periodo delle *formulae*, sia stata applicata ai processi *extra ordinem* ed abbia assunto importanza e portata generale soltanto colla scomparsa della procedura formulare [1].

La *querella non numeratae pecuniae* si spiega rammentando che a Roma l'operazione del mutuo di denaro si svolgeva d'ordinario nel seguente modo: Il capitalista, cui si ricorreva l'individuo bisognoso di denaro e che aderiva a fare il prestito, d'ordinario non consegnava tosto e direttamente la somma al richiedente, ma gliela faceva consegnare o dai banchieri che

---

ancorchè non abbia certi pregi di originalità, è chiaro, diligente ed offre un lodevole compendio degli studî anteriori. Posteriormente indichiamo due articoli della *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (cit. a pag. 7 n. *) vol. 13 [a. 1892] pag. 272 e segg. e vol. 18 [a. 1897] pag. 267 e segg., rispettivamente di Pernice e Frese. Da ultimo [a. 1903] fu tradotto e annotato da me unitamente al prof. Di Marzo il lib. 12 tit. 1 del *Commentario delle Pand.* di Glück cit. a pag. 34 n. *, che del nostro istituto tratta a pag. 86 e segg. Ed aggiungasi ancora che un buon riassunto dà Messa *Il contratto di mutuo* Milano 1900 (Estr. dall'*Enciclopedia giurid. ital.* v. *Mutuo* vol. 10 p. 3) pag. 334 e segg. (ivi pag. 834 e segg.).

[1]) È questa un'idea che Pernice specialmente ha presentato. Fra gli altri fu accolta da Girard (*Manuel* pagina 499 nota 2) il quale osserva: « Cette opinion... concorderait bien avec la terminologie des constitutions de la matière, avec le nom même de *querela* donné au moyen; elle aurait aussi l'avantage de supprimer la difficulté qu'il y aurait à comprendre l'insertion dans une formule d'une exception dont la preuve n'incomberait pas au défendeur; enfin elle expliquerait pourquoi cette réforme importante n'est jamais rattachée à un acte législatif précis ».

eseguivano le sue operazioni finanziarie oppure dagli schiavi o procuratori liberi preposti all'amministrazione del suo patrimonio; ed intanto egli si faceva promettere la restituzione del denaro, redigendosi uno scritto nel quale il debitore dichiarava anticipatamente di aver ricevuto il denaro e di obbligarsi a renderlo [1]. Poteva darsi quindi benissimo, che in qualche modo, anche all'infuori del caso di frode del creditore, la consegna della somma poscia non avesse luogo; onde la confessione contenuta nel documento non corrispondesse al vero, e la *stipulatio* mancasse di causa. D'altra parte, quando l'esborso fosse invece seguìto, il mutuante avrebbe potuto provarlo coi libri dei suoi banchieri od altri preposti alla sua gestione finanziaria o con singole ricevute a questi rilasciate o colla loro testimonianza [2].

Ma la *querella non numeratae pecuniae* non aveva efficacia che dentro un certo tempo dalla data del documento; tempo, che dapprima fu di un anno, da Dio-

---

[1]) Vedi p. es. nella L. 41 § 2 D. *de usuris* 22. 1 (Modestin, *3 respons.*): « Ab Aulo Agerio Gaius Seius mutuam quandam quantitatem accepit hoc chirografo: *ille scripsi me accepisse et accepi ab illo mutuos et numeratos decem, quos ei reddam kalendis illis proximis cum suis usuris placitis inter nos* ... ». Più ampiamente cfr. Girard *Manuel* pag. 498 n. 2.

[2]) La giustificazione dell'istituto nostro qui addotta è, in sostanza, quella comunemente accolta. Un egregio autore francese, Monnier, esprimeva recentemente, nella *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* a. 24 [1900] pag. 171 e segg., l'opinione speciale, che la *querella non numeratae pecuniae* siasi introdotta come uno dei mezzi di difesa concessi agli individui di condizione sociale-economica inferiore contro i *potentiores*; ed è tale opinione seguìta da Cuq *Les institutions jurid.* vol. 2 pag. 386 n. 1.

cleziano venne esteso a cinque anni, e da Giustiniano ridotto poi a due; spirato questo termine, il documento faceva piena ed assoluta prova (1). — La limitazione temporale si comprende. Trascorso un dato tempo, le prove dianzi indicate potevano esser venute a mancare od almeno essersi rese più difficili; per modo che fosse divenuta prova assolutamente unica od unica agevole il chirografo in discorso (2). D'altra parte, l'inerzia protratta del debitore poteva interpretarsi come una confessione, come un tacito riconoscimento ch'egli aveva effettivamente ricevuto il denaro. Infine, così si provvedeva anche al pubblico credito, cui avrebbe potuto recar danno un'eccezione perpetua.

Osserviamo ancora sulla *querella n. n. p.*, che essa fu estesa dal documento di stipulazione al chirografo semplice di mutuo, cioè al documento che senza la forma

---

1) Come si vede noi escludiamo l'ammissibilità della prova del contrario, cioè dell'inesistenza del mutuo, mentre altri credono che pel decorso del termine di validità della *querella* non restasse tolta al debitore siffatta prova. La questione è assai discussa. L'opinione negativa, che abbiamo accolta, ci sembra più conforme alle fonti e maggiormente d'accordo collo spirito dell'istituto della *querella*. Cfr. in argomento Windscheid *Diritto delle Pand*[illegible]rad. con note, sull'ultima edizione tedesca, per cura dei proff. Fadda e Bensa) Torino ..... vol. 2 p. 2 pag. 39 n. 9, il quale è di parer negativo; ed a lui si possono aggiungere, fra gli autori di trattati più alla mano, Maynz *Cours de droit rom.* cit. a pag. 15 n. 2, vol. 2 pag. 370, Ronga *Corso di instit. di dir. rom.* 2ª ed. riveduta, Torino 1899, vol. 2 pag. 167 n. 2, Girard *Manuel* pag. 500 n. 2.

2) Questo motivo trovasi addotto nella *Institutionum graeca Paraphr.*, 3. 21 ed. di Ferrini, cit. a pag. 61 n. 1, pagg. 349-350; particolarmente per giustificare la diminuzione giustinianea.

o clausola della *stipulatio* attestasse un mutuo ricevuto. Sicchè avremo occasione di tornare sull'argomento parlando del mutuo.

56. — Leggiamo intanto alcuni testi risguardanti la materia di questi nn. 54-55.

*A)* Gai. 4. 116-116ª, 119: « Conparatae sunt.... exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. — Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli te defendi debere... — Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur. Nam si verbi gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur: *Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat...*».

L. 2 § 3 D. *de doli mali except.* 44. 4 (Ulp. *76 ad edictum*): «.... si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit.... et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si [1] certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem » [2].

L. 1 pr. e §§ 1-2 D. *de condict. sine causa* 12. 7 (Ulp. *43*

---

[1]) alia, *ins.*

[2]) Adde L. 4 § 16 D. h. t. (Ulp. *76 ad ed.*).

*ad Sab.*): « Est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit, vel si solverit quis indebitum. qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem. — Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere. — Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est condictioni locum fore ».

L. 3 D. h. t. (Iulian. *8 digest.*): « Qui sine causa obligantur... condictione consequi possunt, ut liberentur...».

L. 2 pr. e § 1 D. *de condict. ob turpem causam* 12. 5 (Ulp. *26 ad ed.*): «....Iulianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse. — Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum mihi redderes »..

L. 8 D. h. t. (Paul. *3 quaest.*) « Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis...».

*B)* L. 3 C. *de non numer. pec.* 4. 30 (Antonin.): « Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur » (1).

---

1) Questa costituzione, del 215, è il primo testo sicuro in materia. L'anteriore L. 1 C. h. t. (Sever. et Antonin.) del 197 è interpolata nella parola « adseris », come risulta chiaramente dal confronto con un'altra versione della medesima costituzione che abbiamo nella L. 1 C. *si pignoris convent.* 8. 32 [33]. Secondo il testo genuino incombe ancora al debitore di provare « frustra cautionem emissam et pignus datum ». — Si rileva

L. 7 C. h. t. (Alex.): « Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quae numerata non est, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis » (1).

L. 8 C. h. t. (Alex.): « Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit nulla querimonia usus, defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem quam adversus heredes eius. — Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae heredi et adversus heredes perpetuo competit. — Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compelletur » (2).

L. 9 C. h. t. (Diocl. et Maxim.): « Cum ultra hoc quod accepit re obligari neminem posse constat et si stipulatione interposita placita creditor non dederit, in factum esse dandam exceptionem convenit: si necdum

---

che nella detta legge l'*exceptio n. n. p.* trovasi congiunta alla *exceptio doli*; mentre nei testi posteriori la si trova sola. Le due eccezioni riunite abbiamo anche nella L. 29 pr. D. *mandati* 17. 1 (Ulp. 7 *disputat.*): « et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae »; ma qui havvi da dubitare fortemente che la nostra *exceptio* sia stata inserita dai compilatori (cfr. Lenel *Palingen.* cit. a pag. 40 n. 3, vol. 2 col. 412 n. 2, e Costa *Corso* cit. a pag. 22 n. 2, vol. 2 pagg. 248-249 n. 84, e gli autori ivi citati).

1) Cfr. L. 3 C. *de postulando* 2. 6 e L. 4 C. *de condict. ex lege* 4. 9.

2) Questo testo specialmente, nella sua parte finale, mi pare escluda la prova contraria in confronto del documento addotto dopo il tempo di validità della *querella n. n. p.* (cfr. pag. 97 n. 1). Adde L. 14 pr. C. h. t. 4. 30 e I. *de litter. oblig.* 3. 21 [22].

tempus, intra quod huius rei querella deferri debet, transit vel intra hoc in testando iuri paritum sit, nihil ultra hoc quod accepisti sortis a te nomine praeses provinciae exigi patietur » (1).

L. 4 C. *de condict. ex lege* 4. 9 (Diocl. et Maxim.): « Si non est numeratum, quod velut acceptum te sumpsisse mutuo scripsisti et (2) necdum transisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando reddi cautionem praesidali notione postulare potes ».

L. 1 C. Hermogen. *de cauta et non num. pec.*: « Exceptionem non numeratae pecuniae non anni sed quinquennii spatio deficere nuper censuimus » (3).

I. *de litterar. oblig.* 3. 21 [22]: «.....si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est... multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari (4), per constitutionem

---

1) Qui vediamo l'*exceptio* applicata anche al caso di versamento parziale del danaro. Cfr. L. 2 C. h. t. — Nella frase « in testando iuri paritum sit » si fa menzione della protesta o *contestatio* di cui Diocleziano parla anche nella L. 4 C. che successivamente riproduciamo. E già ad essa allude la L. 8 C. h. t. 4. 30 di Alessandro Severo, soprascritta.

2) et, *del. Mommsen.*

3) Nella *Collectio librorum iuris anteiustin.* cit. a pagg. 62-63 n. 3, vol. 3 pag. 234.

4) Nella *Institutionum graeca Paraphrasis* cit. a pag. 61 n. 1, pag. 350 (traduzione latina): « ..... imperator noster, ne, longo

nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur » (1).

§ 2 I. *de exception.* 4. 13; dove si riproduce Gai. 116a, prima trascritto, ma cambiando la fine del paragrafo, come segue: « sed quia iniquum est eo nomine te condemnari, placet exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere, cuius tempora nos, secundum quod iam superioribus libris scriptum est (2), constitutione nostra, coartavimus » (3).

Nov. 18 c. 8 (trad. lat.): «.... Si protulerit aliquis scripturam, alter autem..... litteras quidem suscipiat, dicat autem non solutum debitum sibi et probaverit hoc legitimis modis actor: condemnationem adversus eum duplicem... fieri sancimus....».

57. — Effetti. La stipulazione è un contratto unilaterale. Si risponde affermativamente ad una domanda che tende a stabilire un diritto di credito a favore dell'interrogante; la risposta, è naturale, non può obbligare che il rispondente.

Gai. 3. 137: «... in his contractibus (4) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligatio-

---

praeterito tempore..... creditores probare iussi vera esse quae essent adscripta, propter longitudinem elapsi temporis in difficultatem probationum inciderent, atque inde suis pecuniis defraudarentur... »; cfr. pag. 97 n. 2.

1) La costituzione cui Giustiniano si riferisce è la L. 14 C. h. t. 4. 30; da vedersi pei particolari sulla materia.

2) Lib. 3 tit. 21 [22] cit.

3) Vedi n. 1.

4) I contratti consensuali.

nibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur » (1).

Un rapporto obbligatorio bilaterale può tuttavia fondarsi mediante *stipulatio*, col fare due stipulazioni correspettive nelle quali i contraenti decompongono il negozio, invertendo successivamente le parti di stipulante e promittente. Suppongasi p. es. che si voglia rivestire della forma della *stipulatio* un'operazione di compravendita; si fanno due stipulazioni, l'una avente per oggetto la cosa, l'altra il prezzo, ed in quella è stipulante chi compera e promettente chi vende, in questa viceversa è stipulante il venditore e rispondente il compratore (*stipulationes emti venditi*; analogamente *stipulationes locati conducti*, ecc.).

58. — La stipulazione, come contratto formale, dava vita ad un'obbligazione di stretto diritto, come si suol dire, sì che aveva valore soltanto la volontà espressa nelle parole e queste soltanto venivano considerate. Onde comprendiamo come gli antichi formularî di stipulazione fossero complessi e minuziosi, cercandosi di concepirli in modo che venisse espresso nei *verba* tutto quanto era nell'intenzione delle parti.

Ma, per la natura stessa delle cose, siffatti sforzi non raggiungevano sempre e per intero lo scopo; potevano sorgere dubbî sul senso delle parole adoperate ed inoltre presentarsi eventualità non considerate dalle parti e che queste quindi non avevano contemplato ed espresso, affatto od almeno in modo adeguato e sufficiente, nei loro formularî. Si dovette ricorrere ad un espediente

---

1) Cfr. § 3 I. *de consensu oblig.* 3. 22 [23].

per ovviare ai danni che o per un senso equivoco delle parole usate o per l'avverarsi di casi nuovi potevano derivare. L'espediente fu la *clausula doli*, cioè una clausola escludente ogni dolo in rapporto al contenuto della *stipulatio*; espressa, per disteso, così « dolum malum huic rei promissionique abesse a futurumque esse » od anche con una semplice frase « recte: ex fide bona dari, fieri) ». — Questa clausola si trova specialmente nelle stipulazioni pretorie; e può darsi che si sia introdotta prima in queste, poichè era ufficio del pretore di tutelare le parti il più possibile ed egli aveva poi autorità per far sì che la clausola anzidetta producesse il voluto effetto giuridico. Certo, comunque, anche nelle *stipulationes conventionales* la *clausula doli* fu accolta e largamente usata. — In forza di siffatta clausola, il giudice non era rigorosamente vincolato allo *strictum ius*, ma poteva tener presenti e seguire criterî di più larga giustizia ed equità. Si perveniva così a conseguenze e risultati analoghi a quelli dei *iudicia bonae fidei*.

59. — L. 53 D. *de V. O.* 45. 1 (Iulian. *16 digest.*): « Stipulationes commodissimum est ita componere, ut, quaecumque specialiter comprehendi possint, contineantur, doli autem clausula ad ea pertineat, quae in praesentia occurrere non possint et ad incertos casus pertinent » (1)

L. 119 D. h. t. (Papin. *36 quaest.*): « Doli clausula, quae stipulationibus subicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur ».

---

1) Mommsen vuole che si levi l'ultima parola. Altri (Pernice *M. A. Labeo* vol. 2 p. 1 ed. 2ª, Halle 1895, pag. 166 n. 2) reputa, e parmi meglio, che tutta l'ultima proposizione finale, da *et* in poi, sia un'inutile ridondanza dei compilatori.

L. 121 pr. D. h. t. (Papin. *II respons.*) : « Ex ea parte cautionis, *dolumque malum huic rei promissionique abesse a futurumque esse stipulatus est ille, spopondit ille,* incerti agetur ».

L. 69 D. *de V. S.* 50. 16 (Ulp. *78 ad. ed.*) : « Haec verba, *cui rei dolus malus aberit afuerit,* generaliter comprehendunt omnem dolum, quicumque in hanc rem admissus est, de qua stipulatio est interposita ».

L. 73 D. h. t. (Ulp. *80 ad. ed.*) : « Haec verba in stipulatione posita *eam rem recte restitui,* fructus continent: *recte* enim verbum pro viri boni arbitrio est » (1).

60. — Passiamo ora a dire delle azioni derivanti dalla stipulazione.

Mentre il *nexum* prima della *lex Poetelia,* che ne determina il tramonto, aveva per se stesso forza esecutiva, sì che il debitore inadempiente era senz'altro equiparato al *iudicatus,* la *stipulatio* non era per se stessa esecutoria. Lo *stipulator,* non venendo soddisfatto, doveva agire in giudizio per ottenere sentenza di condanna del debitore e quindi poter procedere esecutivamente contro di questo. — Ora, quale azione poteva intentare lo stipulante per ottenere siffatta sentenza? Distinguiamo le epoche.

61. — Nel periodo delle *legis actiones* è da ritenere che da principio si potesse intentare l'*actio sacramenti* (*in personam*). Poscia, introdotta la *legis actio per condic-*

---

1) Adde L. 7 § 3 D. *de dolo malo* 4. 8. All'infuori del *Corpus iuris* vedi specialmente la *lex Rubria de Gallia Cisalpina* c. 10 v. 26-27 « tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona » e nuovamente v. 35-36 (in Bruns *Fontes* p. 1 pag. 99 ed in Girard *Textes* pag. 73).

*tionem*, che la *lex Silia* ammise pei crediti di una somma determinata di danaro (*certa pecunia*) e la *lex Calpurnia* estese ai crediti di *omnis alia certa res*, potè esperirsi anche la detta *condictio*, ricorrendone le circostanze, cioè quando fosse stata oggetto della stipulazione una *certa pecunia* e successivamente pure un'altra *certa res*. — Si è spesso sostenuto, più o meno esplicitamente, che la *stipulatio* non fu munita d'azione che dalle leggi *Silia* e *Calpurnia* anzidette; onde l'*actio sacramenti* non si sarebbe applicata alla *stipulatio* ed unica sanzione della medesima sarebbe stata la *condictio* [1]. Ma ciò non può ammettersi. Vi contraddice infatti Gai. 4. 19 e 20: dove il giureconsulto osserva che i crediti pei quali in seguito alle leggi *Silia* e *Calpurnia* si potè far valere la *condictio*, prima erano tutelati dal *sacramentum* o dalla *iudicis postulatio* (onde si domanda perchè fu creata la *condictio*). Aggiungi che seguendo la suddetta dottrina, le *stipulationes incertae*, esorbitanti dal campo delle leggi suddette, avrebbero conseguito forza obbligatoria soltanto dopo l'introduzione del processo formulare; mentre prima abbiamo visto il contrario [2].

62. — Posteriormente alle *legis actiones*, nell'età classica ed in seguito fin nel diritto giustinianeo, noi troviamo tre azioni diverse, distinte a seconda della specie di *stipulatio* e più particolarmente a seconda dell'oggetto

---

[1]) Così da ultimo Cuq *Les Instit.* cit., vol. 1 pag. 667 e vol. 2 pag. 377.

[2]) Vedi pagg. 72-73. E confronta specialmente Girard *Manuel* cit., pag. 486 n. 2.

della medesima. Esse sono la *condictio certae pecuniae,* la *condictio triticaria,* l'*actio ex stipulatu ;* la prima per le stipulazioni aventi per oggetto una somma di denaro, la seconda per quelle aventi per oggetto un'*alia certa res*, la terza per le stipulazioni di un *incertum.*

pr. I. h. t. 3. 15 [16] : « ... ex qua (scil. verborum obligatione) duae proficiscuntur actiones, tam condictio si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta... ».

L. 24 D. *de R. C.* 12. 1 (Ulp. *singul. pandect.*): « Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet, sed illa condicticia (1) actione id persequi debet, per quam certum petitur ».

L. 1 pr. D. *de condict. tritic.* 13. 3 (Ulp. *27 ad ed.*) : « Qui certam pecuniam numeratam petit..... qui autem alias res per triticariam condictionem petet... » (2).

Sono tutte tre azioni *stricti iuris* o meglio *stricti iudicii*, conforme al giure classico ; ma con diverso grado di rigore ed in genere con alcune differenze che conviene ricordare.

La prima è la più rigorosa. — *Condictio certae pecuniae* è una denominazione d'uso. Il nome tecnico, che risulta da numerose testimonianze, è *actio certae creditae pecuniae* (3). In due passi delle Pandette trovasi

---

1) Quest'ultima parola è interpretazione o glossema : cfr. Lenel *Palingen.* cit. a pag. 40 n. 3, vol. 2 col. 1013, Naber nella Rivista *Mnemosyne* N. S. vol. 20 [a. 1892] pag. 112, e nuovamente Lenel *L'Edit* cit. a pag. 38 n. 1, vol. 1 pag. 268 n. 4.

2) Adde Gai. 4. 13, 171, 136-137.

3) Lex Rubria, c. 21-22; lex Iulia municip., lin. 44-45; Quintil. *Inst. orat.* 4. 2. 6, 8. 3. 14 e 12. 10. 70 ; Seneca *de benef.* 3. 7. 1; Gai. 4. 13 e 171; Scaev. in L. 70 D. *de procur.* 3. 3; Tryphon. in

lo strano appellativo *condictio certi* (1) ed in un altro passo delle medesime quello, ancora più strano, di *actio si certum petetur* (2). Come appare dall'esame dei testi stessi, in tale terminologia è da ravvisare l'opera dei commissarî giustinianei (3). Particolarmente per la *condictio certi*, è questa una figura giuridica ideata dai compilatori per fare contrapposto alla *condictio incerti*, che è parimenti da ritenersi una creazione dei medesimi. — Lasciando da parte altri caratteri meno importanti, i caratteri principali dell'azione in discorso sono i seguenti: 1°) Ha un'*intentio certa* « si paret N.m N.m A.o A.o decem milia dare oportere »; donde deriva, che se l'attore chiede più di quanto gli è dovuto, perde il processo (*plus petitio*). 2°) Ha una *condemnatio certa*, cioè coll'indicazione di una somma determinata di denaro di cui il giudice non potrà modificare la somma (4). 3°) Comporta una *sponsio* e *restipulatio tertiae partis*; promessa reciproca del terzo della somma obbietto della lite pel caso di perdita del processo, quale indennizzo all'avversario per il pregiudizio derivantegli dal processo che a torto gli

---

L. 12 § 1 D. *de distr. pign.* 20. 5; Papin. in L. 19 i. f. D. *de instit. act.* 14. 3; Gordian. nella L. 2 C. *de novat.* 8. 41 [42]. Cfr. e vedi più ampiamente Girard *Manuel* pag. 487 n. 1 e Lenel *L'Edit* cit., vol. 1 pag. 270 n. 2 cogli autori ivi citati.

1) L. 9 pr. e § 3 D. *de R. C.* 12. 1 e L. 12 D. *de novat.* 46. 2; cfr. anche L. 28 § 4 D. *de iureiur.* 12. 2 e L. 17 § 2 D. *de act. rer. amot.* 25. 2.

2) L. 1 pr. D. *de condict. tritic.* 13. 3 sopracitata; le parole omesse nel brano riprodotto sono « illa *actione* utitur *si certum petetur* ».

3) Cfr. Girard *Manuel* pag. 487 n. 2 e gli autori ivi citati.

4) Gai. 4. 48-52.

si fa o lo si costringe a fare [1]. — La formula, che ci è conservata completamente, è questa: « Iudex esto. Si paret N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere, iudex N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemna, si non paret absolve [2] ».

La *condictio triticaria* — così detta dai giustinianei perchè lo schema dell'Albo pretorio faceva menzione del *triticum* [3], ma che originariamente era *condictio certae rei* [4] — presenta i seguenti caratteri: 1°) Ha un'*intentio certa*, e quindi possibilità della *plus petitio*; come per la *condictio certae pecuniae*. 2°) Ha una *condemnatio incerta*, onde havvi luogo all'apprezzamento e criterio del giudice; a differenza della suddetta. 3°) Pure a differenza della *condictio certae pecuniae*, non comporta *sponsio* e *restipulatio tertiae partis*. — La formula è questa: « Iudex esto. Si paret N.m N.m A.o A.o tritici Africani optimi modios centum dare oportere, quanti eo res est N.m N.m A.o A.o condemna, si non paret absolve » [5]. — Tanto nella formula della *condictio certae pecuniae* quanto in quella della *condictio triticaria*

---

[1]) Gai. 4. 13 e 171. Cfr. Gai. 4. 180-181, Cic. *pro Roscio com.* 4. 10 e 5. 14, lex Rubria c. 21.

[2]) Lex Iulia municip., lin. 44-45, e cfr. Cicer. *pro Roscio com.* 4. 10-11; Gai. 4. 41 e 33; ivi 49-50.

[3]) Cfr. Stephan. in Basil. 24. 8. 7 sch. Ἰστέον δέ ed. di Heimbach Lipsiae 1833-70, vol. 3 pag. 43.

[4]) Cfr. specialmente Lenel *L'Edit* cit. vol. 1 pagg. 275-276, dove mostra che la L. 1 pr. D. *de condict. tritic.* 13. 3 (qui pagg. 107 e 108 n. 2) è tutta interpolata.

[5]) Gai. 4. 4, con cui cfr. L. 75 § 8 i. f. D. *de V. O.* 45. 1 e L. 19 D. *de servit. praed. rust.* 8. 3; L. 4 D. *de condict. tritic.* 13. 3. Vedi Lenel *L'Edit* cit., vol. 1 pag. 277 n. 2 e 3.

non è indicata la *causa agendi*; esse sono due azioni astratte, non esclusive per la *stipulatio* (1).

L'*actio ex stipulatu*, che tutela le *stipulationes incertae* come sappiamo (2), essendo pur essa un'azione di stretto diritto (3), è però meno rigorosa delle altre due azioni. Ed è poi subito da rilevarsi, che, a differenza di queste, l'*actio ex stipulatu* è un'azione specifica e concreta, esprimente la particolare causa o fonte dell'obbligazione (4). — Caratteri principali: 1°) L'*intentio*, qui d'altronde preceduta da una *praescriptio* in luogo di *demonstratio* indicante la specifica *causa debendi*, è *incerta*. Non havvi pertanto base a *plus petitio*. 2°) La *condemnatio* è *incerta* (5). 3°) Non havvi luogo a *sponsio* e *restipulatio tertiae partis*. — La formula è la seguente: « Iudex esto. Quod A.us A.us de N.o N.o incertum sti-

---

1) Vedi specialmente Lenel *L'Edit* vol. 1 pagg. 273-274. Adde Girard *Manuel* pag. 488 n. 4.

2) Lo ripetiamo, per dichiarare che se i giureconsulti romani parlano talvolta di *actio ex stipulatu* in rapporto ad una *stipulatio certa* (come p. es. nella L. 10 § 1 D. *de pactis* 2. 14) essi lo fanno riferendosi al contratto da cui nasce l'azione in generale e non già significando la specie particolare di questa.

3) Vedi ancora Giustiniano nella L. un. § 2 C. *de rei uxor. act.* 5. 13: « Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere ... ».

4) Gai. 4. 136-137. — Malamente quindi fu chiamata *condictio incerti*. Qui si ricorda come fu abbandonata la dottrina che confondeva azioni di stretto diritto e *condictiones*. Abbiamo poi già avvertito (pag. 108) che *condictio incerti* e *condictio certi* sono da ritenersi creazioni dei compilatori.

5) Probabilmente *cum taxatione*: Gai. 4. 51; Lex Rubria de Gallia cisalp. c. 20. Cfr. specialmente Lenel *L'Edit* vol. 1 pag. 174 ed aggiungi Cuq *Instit. jurid.* vol. 2 pag. 377 n. 3.

pulatus est, cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N.m N.m A.o A.o dare facere oportet, ecc. » (1).

Avvertasi ora che riguardo alle azioni descritte vi sono sempre gravi dubbî e difficoltà; com'è sempre argomento di grande e viva discussione la materia in genere delle *condictiones* (2).

Ed un altro avvertimento, finale, dobbiamo fare. — L'ultima delle azioni indicate, l'*actio ex stipulatu*, si presenta, pei caratteri suoi, in perfetta antitesi colla prima, cioè coll'*actio certae creditae pecuniae*. Ma le parti possono far derivare dalla stipulazione di una somma determinata di denaro l'*actio ex stipulatu*, aggiungendo la *clausula doli* (3); come possono, viceversa, far derivare dalla stipulazione di un *incertum* l'*actio certae creditae*

---

1) Gai. loc. cit. (4. 136-137 e 51. Nel § 137 è indicata la differente *praescriptio* pei casi che si agisca contro uno *sponsor* o *fideiussor*). Aggiungi i seguenti passi: Gai. 4. 131; L. 24 D. *de reb. cred.* 12. 1; L. 1 § 4 D. *quarum rerum* 44. 5; LL. 89 e 125 D. *de verb. oblig.* 45. 1; L. 27 D. *de novation.* 46. 2.

2) Vedi, fra i più recenti ed autorevoli, Lenel *L'Edit* vol. 1 pag. 176 e segg. e 267 e segg. Interessanti e serî, fra noi, gli *Studî sulla condictio* del prof. Di Marzo: I *La condictio incerti* Palermo 1902. Da ultimo, pregevole, von Koschembahr Lyskowski *Die condictio als Bereicherungsklage im klassischen röm. Recht* [La condictio quale azione per l'arricchimento nel dir. rom. classico] vol. 1 Weimar 1903; però della *condictio* che serve a sanzionare la *stipulatio* ed insieme il contratto letterale ed il mutuo, quest'Autore non si occupa, rilevando solo che essa presenterà sempre delle difficoltà nella dottrina delle *condictiones* (pag. 10 n. 5); il qual silenzio fu criticato.

3) Cfr. L. 121 pr. D. h. t. 45. 1 trascritta a pag. 105, e L. 4 § 15 D. *de doli mali except.* 44. 4 (Ulp. *76 ad ed.*) « ... et si ex stipulatu actio competat propter doli clausulam ... ».

*pecuniae*, aggiungendo la stipulazione di una pena [1]. Frequenti e l'una e l'altra cosa.

63. — ESTINZIONE. L'estinzione del rapporto obbligatorio fondato dalla *stipulatio* avviene secondo i principî generali.

Modo di estinzione specifico è l'*actus contrarius*, l'*acceptilatio*. — Questa consiste parimenti in una domanda e risposta verbali concordanti e continuate; ma è il debitore che interroga, sull'adempimento dell'obbligo suo, ed il creditore che a tale interrogazione risponde, affermativamente [2].

Gai. 3. 169-170: « ..... per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio. quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: *quod ego tibi promisi habesne acceptum?* et tu respondeas: *habeo*. — Quo genere, ut diximus, *tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt* [3] non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per *acceptilationem dissolvi* [4] ».

L. 7 D. *de acceptilatione* 46. 4 (Ulp. *50 ad Sab.*): « Sane

---

[1]) Cfr. § 7 I. h. t. 3. 15 [16]: « Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri. et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quid eius intersit ... » Adde L. 68 D. h. t. 45. 1.

[2]) Cfr. il cenno dell'*acceptilatio* fatto a pag. 80.

[3-4]) Queste parole in corsivo sono restituite: cfr. il § 1 Instit. che citiamo più avanti.

et sic acceptilatio fieri potest, *accepta facis decem?* ille respondit [1] *facio* ».

L. 8 § 4 D. h. t. (Ulp. *48 ad Sab.*): « ... hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα · ἔχω λαβών » [2].

L. 35. D. *de regul. iuris* 50. 17 (Ulp. *48 ad Sab.*): « Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur ».

Non diciamo di più su questo istituto dell'*acceptilatio*, poichè, avendo esso acquistato per via della *stipulatio Aquiliana* valore ed applicazione generale, l'esposizione completa e diffusa della relativa dottrina rientra nella *Parte generale* delle *Obbligazioni*.

---

[1]) Queste due ultime parole vanno tolte; cfr. l'edizione di Mommsen, cui ci atteniamo.

[2]) scil.: habesne acceptos tot denarios? habeo. Il § 1 I. *quibus modis oblig.* 3. 29 [30] riproduce i paragrafi sopratrascritti di Gaio frapponendo la seconda parte di questo brano di Ulpiano. Ma Huschke *Iurispr. anteiust.* cit. a pagg. 62-63 n. 3, ad Gai. loc. cit., pag. 328 n. 3 reputa che già in Gaio stesso originariamente si trovasse la dichiarazione di ammissibilità della formula greca equivalente; e chiama per ciò a confronto Gai. 3. 93.

## § 5.

## Il contratto letterale *

### A) Nomina transscripticia **

Distinzione.

*Nomina transscripticia.* — Nozione (pag. 115) — Effetti (p. 126) — Scomparsa (p. 126)

64. — DISTINZIONE. Dividiamo la trattazione di quest' argomento del contratto letterale — *litterarum*

---

*) Buonamici *Sulle litterarum obligationes dell'antico diritto romano* nell'*Archivio giuridico* vol. 16 [a. 1876] pag. 3 e segg.; Gide *Observations sur le contrat litteris* Paris 1873, estratto dalla *Revue de législat. franç. et étr.*, riprodotto quindi nell'opera *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit rom.* Paris 1879 pag. 185 e segg.; — Facelli *Op. cit.* a pag. 94 n. *.

**) Gai. 3. 128-133, 137 (con cui cfr. § 3 I. *de consensu oblig.* 3. 22 [23]); Fragm. vatic. 329; I. *de litterarum obligat.* 3. 21 [22]. Si aggiunge il contributo degli autori non giuridici, specie di Cicero *pro Roscio comoedo* e Pseudo-Ascon. *ad Cicer. Verr.* II. 1. 23.

Quanto alla letteratura, vedi, in aggiunta ai lavori indicati nella nota *, i seguenti scritti speciali su questo punto: Voigt *I banchieri, la tenuta dei libri e l'obbligazione letterale dei Romani* (trad. dall'originale tedesco dell'a. 1887, di G. Carnazza) Catania 1891, e intorno al medesimo la recensione di Zocco-Rosa nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 7 [a. 1889] pag. 467 e segg. e quella di Niemeyer nella *Ztschr. d. Savigny-Stiftung* cit. a pag. 7 n. *, vol. 11 [a. 1890] pag. 312 e segg.; Costa *L'orazione pro Q. Roscio comoedo nella storia dei contratti letterali* Bologna 1896 e *Le orazioni di diritto privato di Marco Tullio Cicerone* Bologna 1899 pag. 31 e segg., con un quadro bibliografico completo; Roby in una particolare Appendice alla sua

*obligatio* (1); *litteris (scriptura) contrahitur (fit) obligatio* (2) — in tre parti: *Nomina transscripticia. Chirografi* e *singrafe. Diritto giustinianeo.*

65. — *Nomina transscripticia.* NOZIONE. Il *nomen transscripticium* è un contratto che fu usato largamente a Roma nella seconda metà dell'epoca repubblicana e durante il periodo classico; scompare nell'età imperiale. L'obbligazione qui si crea per via di scrittura in uno speciale registro; nella solennità della scrittura, nelle *litterae* sta il fondamento o la causa dell'obbligazione; onde la denominazione di *obbligazione* o *contratto letterale.*

Ad onta dell'ampia letteratura sull'argomento, la nozione del negozio in discorso è in varî punti incompleta ed incerta (3). Esponiamo la dottrina in complesso dominante, che crediamo la migliore.

66. — Presso gli antichi Romani era consuetudine, che i *patresfamilias* in generale pel patrimonio domestico, e

---

opera *Roman private law*, cit. a pag. 7 n. *, vol. 2 pag. 279 e segg. Ancora: le voci *Adversaria* e *Codex accepti et depensi nel Dictionnaire des antiquités grecques et rom.* di Daremberg e Saglio vol. 1 p. 1 pag. 88 e p. 2 pag. 1267 (di Humbert) e nella *Real-Encyclop.* cit. a pag. 20 n. *, vol. 1 col. 430-431 e vol. 4 col. 160-161 (di R. Leonhard).

1) Gai. 3. 134; I. *de litterarum obligatione* 3. 21 [22].

2) Gai. 3. 89, 128, 134; I. h. t. 3. 21 [22]; § 2 I. *de obligation.* 3. 13 [14].

3) Persino la natura sua di contratto, che a noi sembra indiscutibile, fu posta in dubbio: Ferrini *Manuale* pag. 652 e pagg. 661-662. Ripete qui Ferrini che l'appellativo di *contractus* non è indice sicuro; per il che vedi e cfr. più addietro pag. 23 n. 1.

gli *argentarii* poi specialmente in riguardo al loro commercio, tenessero un libro o registro delle entrate e delle uscite (*tabulae* o *codex accepti et expensi*); il quale registro conteneva due rubriche in due pagine diverse, una per l'entrata (*acceptum*) ed una per l'uscita (*expensum*). Ad intervalli regolari, d'ordinario di mese in mese, vi si riportavano le diverse partite di entrata ed uscita in ordine cronologico da uno scartafaccio o quaderno di appunti rapidi, presi man mano, degli introiti e degli esborsi, detto *adversaria* o *liber adversariorum* (1). — Da principio si segnavano solo le entrate e le uscite effettive, a scopo immediato di bilancio; e particolarmente, la *expensilatio*, ossia iscrizione di una somma di denaro come data ad un altro (*expensum ferre*) corrispondeva ad un'uscita reale di denaro e serviva soltanto per memoria e come mezzo di prova dell'avvenuta *numeratio* (*nomina arcaria; nomen*, probabilmente dall'annotazione del nome della persona cui erasi data la somma; *arcaria*, da *arca*, cassa o scrigno). — Più

---

1) Qualcuno da voluto sostenere che il *codex accepti et expensi* non fosse un libro di cassa, conformemente all'opinione comune da noi pure seguita nel testo, ma un libro di conto corrente; al che si oppongono specialmente le *Verrine* di Cicerone II. 2. 70. — La dottrina originale di Voigt, cit. in **, che oltre il *codex* suddetto vi fosse uno speciale *codex* (*tabulae*) *rationum domesticarum* cui era estranea l'obbligazione letterale ha avuto appena qualche seguito. Sicuramente fu combattuta da Niemeyer, cit. in **, ed oggi è del tutto abbandonata. Si oppone in ispecie il silenzio assoluto di Gaio in proposito. — Eravi sì un terzo libro sull'economia domestica, ma non questo preteso *codex rationum domesticarum*, bensì il noto *kalendarium* o *kalendarii liber*, contenente l'indicazione dei crediti producenti interessi, per la riscossione di questi.

tardi si segnano anche entrate ed uscite fittizie, ossia non avvenute, per il meccanismo e la funzione del credito; e particolarmente la *expensilatio* suddetta si fa anche non avendo luogo esborso di denaro, per costituire tuttavia, nella forma di un mutuo fittizio, un'obbligazione al pagamento della somma indicata a carico della persona di cui vien scritto il nome; col consenso naturalmente di questa a tale operazione scritturale (*litteris* **contrahitur** *obligatio*), senza bisogno, d'altra parte, della sua presenza. Ecco così l'iscrizione nel *codex* non soltanto mezzo di prova di un rapporto obbligatorio, ma anche addirittura causa o fonte dell'obbligazione. Ecco il contratto letterale, la *litterarum obligatio*, il *nomen transscripticium*. Chiara ne apparisce la differenza in confronto del *nomen arcarium*; ancorchè per imitazione di quest'ultimo debba ritenersi sorto.

Sorto quando? Posteriormente alla *sponsio*; anche per la larga e generale diffusione della scrittura pur nei rapporti privati che siffatto contratto presuppone. Forse esso sorge nel quinto secolo; comunque accenni plautini [1] ne dimostrano l'esistenza nel sesto secolo [2].

67. — Si comprende facilmente la grande importanza di questo mezzo di creare un'obbligazione civile durante l'epoca in cui la vendita, la locazione, ecc. non generavano ancora un'obbligazione munita di sanzione legale. Perchè dessero luogo ad azione simili convenzioni, bisognava che fossero rivestite di una forma di obbligarsi ammessa dal *ius civile*. Ora, il *nexum* poteva essere

---

[1]) *Truc.* 1. 1. 52 e 4. 2. 36; *Most.* 1. 3. 147.

[2]) Cfr. Costa *Corso* cit., vol. 2 pagg. 229-230.

una di queste forme; figurando fittiziamente il compratore ed il locatario come mutuatario del prezzo e della mercede. La *stipulatio* era un altro mezzo; come quella che poteva rendere obbligatorio il dovere del pagamento del prezzo o della mercede inserendolo nella domanda orale solenne. Ma, anche a prescindere da altre possibili considerazioni, il contratto letterale presentava il grande vantaggio di potersi fare tra assenti.

Un'altra utilità del contratto letterale si ebbe per questo, che l'iscrizione nel *codex*, oltrechè a fondare *ex novo* un'obbligazione, fu fatta servire anche a trasformare un'obbligazione già esistente, ossia fu usata anche con funzione novatoria [1]; con questa funzione, che dobbiamo ritenere larga e frequente, l'istituto si presenta in Gaio. — La trasformazione poteva essere di due specie, obbiettiva o subbiettiva; e precisamente, usando le espressioni tecniche: 1°) *Transscriptio a re in personam*. Mutazione della causa dell'obbligazione, la quale mercè l'iscrizione nel *codex* diventava obbligazione formale e quindi più rigorosa; o addirittura acquistava azione l'obbligazione semplicemente naturale. 2°) *Transscriptio a persona in personam*. Mutazione della persona del debitore, registrandosi nel

---

[1]) Ciò fu negato. proprio a torto, da qualcuno, specie da Gide *Op. cit.* a pag. 114 n. *, rispettivamente pag. 24 e segg. e pag. 208 e segg. *Contra* vedi specialmente il nostro Ferrini nell'*Encicl. Giurid.* vol. 12 p. 1, pagg. 843-844 (v. *Obbligazione* nr. 496). — Altri, all'opposto, crede od inclina a credere che almeno nel diritto classico, se non già fin da principio, il *nomen transscripticium* costituisse sempre una novazione. Così da ultimo Fadda *Istituti commerciali del diritto romano* (Lezioni) Napoli 1903 ... pag. 87*.

*codex* come data a Tizio la somma cui era tenuto Sempronio. — Questa seconda applicazione dovette essere assai comoda e giovevole per il commercio; come quella che non solo permetteva ai commercianti di far a meno di tenere una riserva in denaro, ma dava modo ancora di evitare i rischi e pericoli del materiale trasporto di denaro.

Ed ecco che il contratto letterale sussiste ancora dopochè furono riconosciuti produttivi di obbligazione legale i contratti reali e consensuali.

68. — Abbiamo detto che il contratto letterale si formava per via di una *expensilatio* da parte del creditore, ossia per via di una annotazione fatta da questo nella rubrica dell'uscita. Ma bastava quest'unica annotazione? Stando a Gaio, che può dirsi la fonte principale sull'argomento, pare di sì, menzionando egli solamente l'anzidetta *expensilatio*; ed ecco che in questo senso si esprimono diversi autori, tra i quali il compianto Serafini [1]. Ma altri autori si domandano se non fosse necessaria anche una corrispondente iscrizione da parte del debitore sul suo registro nella colonna dell'entrata (*acceptilatio*), oppure una seconda annotazione nel registro del creditore. Quanto al primo punto, si tende a risolvere il dubbio in senso negativo; chè l'*acceptilatio* sul registro del debitore, se pur la si faceva in pratica dalle persone oneste ed ordinate ed era reputata atto doveroso, non pare però che fosse requisito di validità dell'obbligazione. Quanto al secondo punto, si inclina invece alla conclusione affermativa, ossia a

---

[1]) *Istit. di dir. rom.* cit. a pag. 65 n. 3, vol. 2 pag. 109.

ritenere che fosse necessaria appunto una duplice scritturazione nel *codex* del creditore; ciò per mantenere integro lo stato di cassa, poichè il denaro non usciva in realtà da questa, ma soltanto si fingeva che ne uscisse. Non basta, si dice, che il creditore faccia l'*expensilatio*, ossia un'annotazione di spesa; occorre che egli faccia anche un'*acceptilatio*, ossia una registrazione nelle entrate; e questa anzi è da farsi in primo luogo. Precisamente, il creditore comincia coll'iscrivere come ricevuta la somma che gli si deve ad un qualche titolo, per es. per un'operazione di compravendita, e poscia segna la medesima somma come data a mutuo allo stesso debitore o ad un terzo. Ed a questo *trasporto* da una colonna all'altra facendo la duplice segnatura, anzichè alla semplice trascrizione dagli *adversaria*, vogliono taluni collegare l'espressione *nomen transscripticium* (1).

69. — Affinchè la nozione del nostro contratto sia completa, dobbiamo dire anche della sua sfera di applicazione.

Quanto ai soggetti, facendosi il contratto letterale per via di iscrizione in un registro proprio dei cittadini, ne erano esclusi i peregrini. Però, in progresso di tempo, i Sabiniani ritenevano che potessero rimaner obbligati per la *transscriptio a re in personam*. — Quanto all'og-

---

1) Così da ultimo p. es. Girard *Manuel* pag. 493. In altra guisa ancora fu spiegata questa espressione: colla funzione novatoria del contratto letterale; magari limitandola a questo caso (cfr., fra gli altri, Ronga *Institus.* cit. a pag. 97 n. 1, vol. 2 pag. 164 n. 1, Serafini loc. cit. nella nota precedente, e anche parmi, Costa *Corso* vol. 2 pag. 240).

getto, il contratto letterale, come quello che aveva per base l'iscrizione sopra un libro di cassa, non si applicava naturalmente che a crediti di denaro. — Quanto alle possibili modalità, il contratto letterale comportava il termine, ma non ammetteva la condizione.

Sotto questi rapporti, il *nomen transscripticium* apparisce inferiore alla *stipulatio*; la quale presto fu resa accessibile ai peregrini, non tardò a poter avere per oggetto ogni sorta di prestazioni, ed ammetteva tutte le clausole e modalità. D'altra parte, il contratto letterale, in confronto del verbale, offre i vantaggi di una forma più sicura e del potersi fare, di sua natura, pure da muti e sordi ed inoltre, ciò che più preme, anche tra assenti, secondo che già abbiamo rilevato [1].

70. — Vediamo ora le fonti, dando la precedenza a quelle strettamente giuridiche:

*a*) Gai. 3. 128-133 e 138: « Litteris obligatio fit veluti nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam. — *A re in personam trans*scriptio fit, veluti si id, quod *tu* ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. — A persona in personam transscriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegaverit mihi. — Alia causa est eorum nominum, quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia: numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de

[1]) Vedi pag. 118.

causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. — Unde *non* proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est. — Transscripticiis vero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio; quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transscripticium, etiam peregrinos obligari: si vero a persona in personam, non obligari » (1). — « ... absenti expensum ferri potest, etsi verborum obligatio cum absente contrahi non possit (2) ».

Vatic. fragm. 329 (Papin. *2 respons.*): « Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur » (3).

pr. I. *de litterar. oblig.* 3. 21 [22]: « Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur... ».

---

1) Anche qui, come altrove, le parole in corsivo, che a più riprese si riscontrano nel lungo brano trascritto, sono restituite.

2) Questo paragrafo vien respinto dagli editori di Gaio nella *Collectio* cit. a pagg. 62-63 n. 3, vol. 1 pag. 133, come glossema. Ma gli altri autori lo conservano come legittimo, e così anche il nostro Girard *Textes* pag. 289; il quale poi nel suo *Manuel* pag. 495 n. 3 dice comunque: « Ce texte est peut-être une glose du ms. de Vérone, étrangère au texte original de Gaius. Mais cela n'enlève que peu à son autorité, les renseignements ainsi ajoutés au corps de Gaius appartenant cependant à une source ancienne et digne de foi ».

3) Cfr. L. 77 D. *de div. reg. iuris* 50. 17 (Papin. *28 quaest.*).

*b)* Cic. *pro Roscio com.* 1. 1 e 2; 2. 5-7; 3. 8: « ...Quodsi ille suas proferet tabulas, proferet suas quoque Roscius. Erit in illius tabulis hoc nomen, at in huius non erit. Cur potius illius quam huius credetur? Scripsisset ille si non iussu huius expensum tulisset (1)? Non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri iussisset? Nam quem ad modum turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas (2)... — Nimium cito ait me indignari de tabulis; non habere se hoc nomen in codicem accepti et expensi relatum confitetur, sed in adversariis patere contendit. Usque eone te diligis et magnifice circumspicis, ut pecuniam non ex tuis tabulis, sed adversariis petas? Suum codicem testis loco recitare arrogantiae est; suarum perscriptionum et liturarum

---

1) Quest'ultima proposizione viene addotta a ragione quale esplicita testimonianza della necessità del consenso del debitore alla iscrizione; conforme alla natura *contrattuale* della *litterarum obligatio* (cfr. pag. 115 n. 3). — Si può citare qui a confronto ed in aggiunta la L. 1 § 3 D. *de pactis* 2. 14 (Ulp. *4 ad ed.*): « ... adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est »; dovendosi ritenere che *more solito* i compilatori abbiano tolta la menzione del contratto letterale (*sive litteris*, dopo « sive verbis »). Ed a ragione, parmi, opina Pernice (nella *Zeitsch. d. Savigny-Stiftung* cit. a pag. 7 n *, vol. 9 [a. 1888] pag. 199 n. 1) che la dichiarazione finale, strana per la *stipulatio*, data la forma di questa, concernesse originariamente il contratto letterale, nella cui forma non appare il consenso del debitore.

2) Si può a tal punto raffrontare Plaut. *Mostell.* 1. 3. 147, dove si accenna alla corrispondenza fra l'*acceptum* del debitore e l'*expensum* del creditore: « Bene igitur ratio accepti atque expensi inter nos convenit ».

adversaria proferre non amentia est? Quodsi eandem vim, diligentiam auctoritatemque habent adversaria quam tabulae, quid attinet codicem instituere, conscribere, ordinem conservare, memoriae tradere litterarum vetustatem? Sed si, quod adversariis nihil credimus, idcirco codicem scribere instituimus, quod etiam apud omnes leve et infirmum est, id apud iudicem grave et sanctum esse ducetur? Quid est, quod neglegenter scribamus adversaria? quid est, quod diligenter conficiamus tabulas? qua de causa? Quia haec sunt menstrua, illae sunt aeternae; haec delentur statim, illae servantur sancte; haec parvi temporis memoriam, illae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur; haec sunt disiecta, illae sunt in ordinem confectae. Itaque adversaria in iudicium protulit nemo; codicem protulit, tabulas recitavit. — ...cum omnes, qui tabulas conficiant, menstruas paene ratione in tabulas transferant... [1] ».

Id. *pro Caelio* 7. 17: « Tabulas, qui in patris potestate est, nullas conficit ».

Id. *ad famil.* 7. 23: « ... accepi Avianii litteras, in quibus hoc inerat liberalissimum, nomina se facturum, quum venisset, qua ego vellem die... ».

Plin. *Histor. natur.* 2. 7. 23: « Huic (Fortunae) omnia feruntur accepta: et in tota ratione mortalium sola utramque paginam facit ».

Pseud. Ascon. *ad Cic. Verr.* II. 1. 23: « Moris... fuit,

---

[1]) Che la registrazione si facesse di mese in mese dagli *adversaria* nel *codex* lo dice ripetutamente Cicerone negli scritti suoi; e si può confrontare Corn. Nep. *Attic.* 13. 6. Non era però sistema assoluto; vedi Petron. *Satyr.* 53.

unumquemque domesticam rationem sibi totius vitae suae per dies singulos scribere, quo appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, foenore lucrove seposuisset et quo die, et quid item sumptus damnive fecisset » (1).

Un esempio di contratto letterale abbiamo nel noto aneddoto raccontato da Cicerone nel *de officiis* 3. 14. 58-60. Il disonesto banchiere di Siracusa, Pizio, che vende al cavaliere romano Canio una villa a prezzo eccessivo facendogli sperare dei vantaggi immaginarî, è sollecito a vincolarlo *litteris*: « ... Emit homo cupidus et locuples tanti quanti Pythius voluit...; nomina facit, negotium conficit... ». — Un documento interessante di contratto letterale, e precisamente di *transscriptio a persona in personam*, ci offre il materiale epigrafico: *C. I. L.* 14. 3471 (2). — Infine un altro caso ancora di contratto letterale si è ravvisato da vari autori nel racconto di Valerio Massimo 8. 2. 2: « C. Visellius Varro gravi morbo correptus, trecenta milia nummum ab Otacilia Laterensi, cum qua commercium libidinis habuerat, expensa ferri sibi passus est: eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret; quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando ». Se non che altri autori hanno rilevato, a parer mio con ragione, come qui non si tratti di

---

1) In Bruns *Fontes* p. 2 pag. 74 (§ 60).

2) Trovasi anche nelle due raccolte di Bruns *Fontes* e Girard *Textes*, rispettivamente p. 1 pagg. 313-314 e pagg. 804-805, che ne danno pure la descrizione e ricostruzione. È da rilevarsi l' « apsente *de*bitore » per cui vedi particolarmente queste stesse due raccolte.

*nomen transscripticium*, bensì di *nomen arcarium* o forse anche (per ciò che più avanti si legge, « inani stipulatione captaverat ») di *stipulatio* (1).

71. — EFFETTI. Come tutti i contratti formali, il *nomen transscripticium* è un contratto unilaterale e di stretto diritto. — Del primo punto, ossia dell'unilateralità, abbiamo anche dichiarazione esplicita in Gai. 3. 137: « ... cum... in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur » (2).

Dal contratto letterale, come quello che può avere per oggetto soltanto una somma determinata di denaro, deriva un'azione diretta appunto al pagamento di una somma pecuniaria. Quest'azione — come per la *stipulatio* quando ne era oggetto una *certa pecunia* — nel periodo delle *legis actiones* dovette essere dapprima l'*actio sacramenti* (*in personam*) e quindi, dopo la *lex Silia*, la *condictio*; successivamente fu l'*actio certae creditae pecuniae*.

72. — SCOMPARSA. L'esistenza del contratto letterale, quale l'abbiamo descritto, si comprende pensando alla sfera ristretta dei commerci e rapporti nei primi tempi di Roma ed alla *fides* che dominava sovrana in

---

1) In fondo a questo quadro delle fonti dobbiamo fare un avvertimento di carattere negativo per la Parafrasi greca delle Istituzioni (3. 21; nell'edizione di Ferrini cit. a pag. 61 n. 1, pagg. 348-349). La descrizione che ivi si fa del nostro contratto è errata; in particolare stranamente viene intrecciata e confusa con esso la *stipulatio*. Da ultimo cfr. per tutti Girard *Manuel* pagg. 493-494 n. 6 i. f.

2) Cfr. e vedi pagg. 102-103 dove abbiamo avuto occasione di riprodurre tutto il paragrafo.

quell'epoca. Gli scrittori classici ci attestano in più luoghi la cura diligente e scrupolosa con cui erano redatte le *tabulae accepti et expensi* ed il valore quasi religioso e pubblico che vi si annetteva [1]. — Si comprende quindi, del pari, come coll'estendersi e moltiplicarsi dei commerci e rapporti e col diffondersi della corruzione in Roma fossero venuti via via a mancare gli elementi necessarî per tal genere di contratto. Onde non reca meraviglia che dapprima si sia ricorso a speciali cautele e garanzie — o col farsi dare dal debitore il consenso per iscritto [2], o col far intervenire dei testimonî, o inscrivendo il credito anche nel registro di un terzo [3], o ricorrendo a' banchieri, quali intermediarî, onde pur dai libri di questi apparisse il negozio — e quindi siasi abbandonata nei primi secoli dell'Impero la consuetudine dei *codices accepti et expensi* e relative iscrizioni, tanto che scomparve infine il descritto contratto letterale.

Giustiniano nel pr. I. h. t., più addietro [4] in parte trascritto, dice, seguitando: « quae nomina hodie non sunt in usu »; e nel § 3 I. *de consensu oblig.* 3. 22 [23], riproducendo Gai. 3. 137 [5], omette il contratto letterale.

---

[1]) Vedi specialmente Cic. *pro Roscio com.* 2. 7 (trascritto a pagg. 123-124) ed *in Verr.* II. 1. 23, Cicerone dice anche che si sospettavano fortemente di impurità le partite non iscritte nel *codex* (così dette *pecuniae extraordinariae*).

[2]) Specie mercè l'*acceptilatio* nel registro di questo; operazione già in uso e reputata doverosa come si disse (vedi pagg. 119 e 123-124), ma ora richiesta.

[3]) Cicer. *pro Roscio com.* 1, *ad Att.* 4. 17 [18] 2, *pro Cluentio* 30. 82 e *in Verr.* II. 1. 10; Seneca *de benef.* 2. 23. 2 e 3. 15. 2.

[4]) Vedi pag. 122.

[5]) Vedi pagg. 102-103.

Altrettanto fanno i compilatori del Digesto pei passi dei giureconsulti in cui di tale contratto si faceva menzione (1). — Si aggiunge, nelle fonti non giuridiche, la testimonianza del Commento di Pseudo-Asconio, il quale nel brano citato, seguitando, dice: « ..... ad nostram memoriam tota haec vetus consuetudo cessavit ».

Vogliamo ora soggiungere, che alla scomparsa del contratto letterale dovette contribuire anche il semplificarsi della *stipulatio*, specialmente in riguardo all'importanza in essa acquistata dal documento scritto (2); come pure il riconoscimento del patto di *constitutum*, nelle due forme di *constitutum debiti proprii* e *constitutum debiti alieni*, corrispondenti alle due *transscriptiones* del nostro contratto, *a re in personam* ed *a persona in personam*. — Dobbiamo dire ancora, d'altra parte, come si inclini giustamente a ritenere che l'uso dei *nomina transscripticia*, pur alterandosi, si sia conservato più a lungo pei banchieri, presso i quali naturalmente si mantenne l'uso dei libri di cassa (3).

---

1) Vedi p. es. L. 1 § 1 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*) confrontata con Gai. 3. 89.

2) Vedi pag. 66 e segg.

3) L. 9 pr. D. *de pactis* 2. 14 (Paul. *62 ad ed.*) e L. 34 pr. D. *de recept.* 4. 8 (Paul, *13 ad ed.*) dove si parla di *nomina* a proposito di *argentarii*. – Sugli *argentarii* e sui loro libri, specie in riguardo al contratto letterale, vedi Costa *Corso* vol. 2 pag. 233 e segg. Ivi giustamente si pone in rilievo per le funzioni e operazioni dei banchieri in genere, l'eccellente memoria di Mitteis *Trapezitika* inserita nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* cit. a pag. 7 n. *, vol. 19 [a. 1898] pag. 198 e segg. Nella letteratura anteriore ricordiamo lo scritto di Voigt cit. a pag. 114 n. **, ed aggiungiamo quello premiato, geniale ancorchè imperfetto in alcuni riguardi, di Deloume *Les manieurs d'argent à Rome* 2ª ed.

## § 6.

## *B)* Chirografi e singrafe *

Nozione — Uso (pag. 134) — Scomparsa (pag. 137).

73. — NOZIONE. Gaio dopo aver dichiarato esclusi, almeno in parte, dall'obbligazione per via dei *nomina transscripticia* i peregrini [1], attesta, d'altro canto, l'esi-

Paris 1892 pag. 146 e segg. Posteriormente invece, ancora in corso di pubblicazione, Fadda *Gli argentarii ed il commercio bancario* in *Istit. commerc.* cit a pag. 118 n. 1, pag. 105 e segg. (per i negozî degli *argentarii* pag. 170 e segg.), cui Mitteis *Op. cit.* ha servito di guida. Si rammentano inoltre, anche per altre indicazioni bibliografiche, i dizionarî di antichità (De Ruggiero *Dizionario epigr. di antichità romane*; Daremberg e Saglio cit. a pagg. 114-115 n. **; Pauly-Wissowa cit. a pag. 20 n. *) v. *Argentarii.* (Avvertasi infine che lo studio serio ed accurato di Breccia *Storia delle banche e dei banchieri nell'età classica* nella *Rivista di storia antica* N. S. a. 7 [1903] pagg. 107 e segg. e 283 e segg. non si occupa degli argentarî romani).

* Gai. 3. 134. Anche qui si aggiungano fonti letterarie; specie passi di Cicerone e Pseudo-Asconio *ad Cic. Verr.* II. 1. 36.

Scritti speciali: Schupfer *Singrafe e chirografi, Ricerche sui titoli di credito dei Romani* Roma 1889 (estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche* vol. 7 pag. 345 e segg.); Dareste *Sur la* συγγραφή *en droit grec et en droit romain* nel *Bulletin de correspondance hellénique* vol. 8 [a. 1884] pag. 362 e segg.; Mitteis *Reichsrecht u. Volksrecht* cit. a pag. 76 n. 2, pag. 459 e segg. (*Die Syngrafa und der Verfall der Stipulation* [La singrafa ed il decadere della stipulazione]). Aggiungi, v. *Chirographum* nel *Dictionn.* di Daremberg e Saglio cit. a pagg. 114-115 n.**, vol. 1 p. 2 pagg. 1103-1105 (di Humbert) e nella *Real-Encycl.* di Pauly-Wissowa cit. a pag. 20 n. *, vol. 3 col. 2301 (di R. Leonhard).

[1]) 3. 133, qui trascritto a pagg. 121-122.

stenza di una speciale *obligatio litterarum* pei medesimi derivante da scritture singole e separate o su fogli volanti, come oggi diremmo; le quali scritture già dal nome loro sono indicate come proprie del diritto nazionale dei peregrini grecoloquenti: *chirographum* [1] (χειρόγραφον) e *syngrapha* od anche *syngraphum* [2] (συγγραφή od anche σύγγραφος).

3. 134: « Praeterea [3] litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est ».

Come si vede, trattasi di dichiarazioni scritte o strumenti in cui taluno dichiara di dover tanto o che darà tanto. E tosto si avverte, confrontando, che mentre nei *nomina transscripticia* la scrittura è opera del creditore, qui scrive invece il debitore.

Le due specie poi, chirografi e singrafe, differiscono, come traspare dalle due denominazioni, in questo, che il chirografo è esemplare unico o documento singolo, pel creditore, mentre la singrafa viene redatta in doppio esemplare, pel creditore e per il debitore. — Oltre questa differenza esteriore, pare che ve ne fosse una di intrinseca, importante; pare precisamente, che per la validità del chirografo fosse richiesta la *causa obligationis*, non necessaria invece per la singrafa, contratto formale assoluto.

---

[2]) Si trova pure *chirographus*.

[3]) Si trova pure *syngraphus*. Al plurale solo *syngraphae*.

[4]) Cioè: in aggiunta ai nomina *transscripticia*, di cui ha parlato prima.

Pseudo-Ascon. *ad Cic. Verr.* II. 1. 36: « Inter syngraphas et cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum quae gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit; et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum. Et ceterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphen utriusque manu signatam utrique parti servandam tradunt » (1).

È da ritenersi più antica la singrafa in confronto del chirografo.

74. — L'efficacia degli anzidetti documenti, come produttori del rapporto obbligatorio, non è da tutti riconosciuta. Sonvi autori egregi — Gneist (2), Gide (3), il nostro Padelletti (4), e altri — i quali hanno affermato, più o meno decisamente, che essi erano semplici mezzi di prova dell'obbligazione.

Per sostenere tale dottrina si è posto innanzi specialmente quest'argomento, che Gaio nel brano riprodotto dice soltanto « litterarum *obligatio fieri videtur* » e non già *fit*, come dice invece pei *nomina transscripticia* (5).

Ma ciò può spiegarsi col fatto che si tratta di un genere di obbligazione « proprium peregrinorum » e Gaio crede di non poter veramente applicare al giure di questi, ossia dei peregrini, lo schema romano dei con-

---

1) In Bruns *Fontes* p. 2 pag. 74 (§ 91).

2) *Op. cit.* a pag. 6 n. *, pagg. 380 e segg. e 492 e segg.

3) *Op. cit.* a pag. 114 n. *, rispettivamente pagg. 33 e segg. e 216 e segg.

4) *Storia del dir. rom.* cit. a pag. 17 n. 2, pagg. 552, 555.

5) § 128.

tratti. Per questo usa un'espressione attenuata; la quale d'altra parte, ancorchè attenuata, è tale però da indicare veramente il costituirsi di un'obbligazione e non il fissarsi semplicemente di un mezzo probatorio. Siffatto modo di ragionare è suffragato dall'analogia; riscontrando noi una consimile sfumatura di linguaggio in altri casi. — Si osservi poi che Gaio parla di un « genus obligationis »; e dopo di aver spiegato decisamente e con tanta diligenza e chiarezza in rapporto ai *nomina arcaria*, come in questo caso l'obbligazione non era formata *litteris*, bensì traeva la sua forza dal versamento del denaro e lo scritto era solo un mezzo di prova [1]. — Ancora, Gaio alle parole « litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis » aggiunge « ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat ». Riflettiamo su questa aggiunta. Se il giurista volesse realmente dire, conforme all'opinione combattuta, che chirografi e singrafe sono semplici mezzi di prova, perchè escluderebbe il caso che si fosse fatta una *stipulatio*? non dovrebbe forse potersi provare con tali mezzi anche questo contratto, al pari degli altri? Corre benissimo invece l'aggiunta o riserva suddetta, ove si intenda che chirografi e singrafe fondano addirittura l'obbligazione. Gaio viene a dire allora che si rimane obbligati in base ai medesimi, purchè, s'intende, non sia intervenuta una stipulazione; chè *in tal caso* l'obbligazione si è formata *verbis* e *in tal caso* lo scritto non potrà essere che un mezzo di prova dell'obbligazione verbale.

A prescindere poi da Gaio, l'efficacia obbligatoria dei

[1]) §§ 131-132.

documenti discussi è attestata in modo chiaro anche da Cicerone [1] e dal passo trascritto [2] di quel commento delle *Verrine* di Cicerone che corre sotto il nome di Asconio Pediano; passo, quest'ultimo, che contiene un'analisi troppo fine e particolareggiata perchè si possa respingerlo come sostanzialmente errato od immaginario.

75. — Ma per affermare che singrafe e chirografi erano soltanto titoli probatorî, si è ricorso direttamente alle fonti del diritto greco; in base alle quali si è creduto di poter asserire che nel diritto greco non vi erano in generale contratti formali. Specialmente si è osservato come Demostene [3] dica, voler le leggi che ogni promessa liberamente consentita sia obbligatoria; e si è soggiunto che in genere gli oratori attici, i quali pur conoscono così bene l'arte del cavillo, non invocano mai deficienze o irregolarità di forma quale mezzo per impugnare un contratto. — Ma le parole di Demostene, considerate nel loro contesto, possono risultare, con

---

[1]) *Pro Murena* 17. 35 « Pergitisne vos, tamquam ex syngrapha agere cum populo ...? ». Per altri passi vedi Costa *Corso* vol. 2 pagg. 243-244, col quale rileviamo: « Specialmente quella eccezione *extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona* che Cicerone stesso nel suo editto per la Cilicia fissò pei rapporti fra pubblicani e provinciali, nella rubrica in cui si trattava anche « de syngraphis » (*Ad Att.* 6. 1. 15), non può invero comprendersi altrimenti che concependo la *syngrapha* quale obbligazione formale. Perchè se questa avesse costituito invece un semplice documento di prova d'una prestazione avvenuta, avrebbe ben potuto infirmarsi con qualsivoglia altro elemento atto a dimostrarla mancata, senza alcun bisogno d'una tale exceptio ». Cfr. Mitteis *Op. cit.* a pag. 76 n. 2, pagg. 480-481.

[2]) Pag. 131.

[3]) *c. Dionysod.* 2; *c. Olympiod.* 54.

maggior probabilità, estranee alla nostra questione. D'altronde, sia pure che ai tempi degli oratori attici vigesse l'anzidetto principio, per cui il consenso senza forme speciali bastava a creare l'obbligazione; ciò non toglie la possibilità del formalismo nell'età più antica; come non esclude che anche nei tempi indicati qualche contratto formale potesse pur sussistere. E gli studî più recenti sono riusciti a dimostrare appunto l'esistenza di contratti formali e particolarmente di contratti letterali anche presso i Greci.

Concludendo, da tutta la discussione fatta riceve conferma la dottrina dominante, che nelle scritte in discorso ravvisa degli atti generatori del rapporto obbligatorio e non dei semplici documenti *ad probationem*; dottrina della quale possono indicarsi come fautori principali i proff. Schupfer e Mitteis [1].

76. — Uso. Singrafe e chirografi erano specie di obbligazioni proprie dei peregrini; lo dice Gaio nel passo trascritto, e ripetutamente l'abbiamo rilevato. — Ma anche i Romani ne usavano nei loro rapporti coi provinciali; Cicerone ne indica parecchi casi.

In generale se ne servivano i Romani per concludere a proprio vantaggio affari non troppo onesti, affari da strozzini: non mancando essi di esigere fortissime usure pel danaro che prestavano ai provinciali e non trascurando nemmeno di indicare nella scritta una somma maggiore di quella realmente prestata. Di ciò abbiamo esempî celebri in negozî conclusi da Clodio, da Antonio, e da Bruto, per mezzo di suoi agenti o prestanomi che

---

[1]) Citati in n. * a pag. 129.

dir si vogliano. Quest'ultimo in ispecie, facendo figurare certi Scapzio e Matinio, aveva prestato agli abitanti di Salamina una forte somma, sembra circa cento talenti, niente meno che al 4 % (*quaternis centesimis*) al mese, con capitalizzazione annuale degli interessi.

75. — Il vedere anche M. Giunio Bruto, il fiero repubblicano, l'esempio di virtù antica, immischiato in simili loschi affari ha prodotto profonda impressione presso gli scrittori. Ma, nel pronunziar giudizio qui, non bisogna lasciarsi guidare dalle idee moderne. Pei Romani di quel tempo le provincie erano ancora dei paesi conquistati. Essi, anzichè sentir scrupolo di togliere, credevano di donare ciò che non avessero preso e reputavano atto di generosità lasciare alle provincie qualche cosa. Le stesse leggi fatte durante la Repubblica in favore delle provincie furono determinate, più che da umanità o spirito di giustizia, da interesse ben inteso e calcolo prudente, onde colla moderazione di oggi viene assicurato il domani. Si può dire pertanto che Bruto ha seguito l'esempio degli altri ed ha profittato, mettendola in pratica, dell'opinione generale circa i diritti del vincitore e le condizioni del vinto [1].

Ben pochi si scostavano da questo modo di sentire e operare. Fra tali pochi, Cicerone, il quale dimostrò sempre sensi di umanità e giustizia per le provincie, biasimando i lucri scandalosi che se ne traevano. — Pre-

[1]) Per qualche cenno di confronto e complemento in proposito si possono vedere Marquardt *La vie privée des Romains* (traduzione dal tedesco, di Henry) Paris 1892-93 vol. 2 pag. 15 e segg.; Fadda *Op. cit.* a pag. 118 n. 1, pagg. 36-37 e gli scritti citati da questi autori.

posto al governo della Cilicia, di cui Salamina fa parte, non vuol costringere gli abitanti di questa al pagamento in riguardo al suddetto negozio concluso dagli agenti di Bruto, Scapzio e Matinio; quantunque Attico, di coscienza meno rigida, ne lo preghi istantemente. Senonchè Scapzio cava fuori un senatoconsulto ordinante al proconsole della Cilicia « ut ius ex illa syngrapha diceret ». Cicerone, sconcertato, tenta allora di indurre le parti ad una transazione. Ed a questa si sta per addivenire quando, da ultimo, Scapzio prega Cicerone di lasciare ogni cosa nello *statu quo*; evidentemente facendosi forte del proprio diritto e sperando di farlo valere, quando che fosse, presso un altro governatore più arrendevole. Onde Cicerone rimane in angustia, sapendo che Paolo Emilio ha da succedergli nel governo della provincia; teme pei disgraziati debitori: « sed quid fiet, si huc Paulus venerit? ». Ed infatti, d'ordinario questi strozzini si assicuravano l'appoggio del capo della provincia compensandolo bene; dopo di ciò, non avevano che da mandare nella provincia un liberto od un uomo d'affari che li rappresentasse; il governatore, mettendo la potestà pubblica a servigio degli interessi privati, dava a tal mandatario titolo di luogotenente, soldati, pieni poteri; e se non si addiveniva presto ad un accomodamento, la città insolvente subiva tutti gli orrori di un assedio in piena pace e di un saccheggio ufficiale. Nello stesso caso di cui trattiamo, il predecessore di Cicerone, Appio Claudio Pulcro, aveva concesso a Scapzio, per farsi pagare, bande di cavalleria, dalle quali il senato di Salamina era stato sì strettamente assediato per diversi giorni, che cinque senatori erano morti

di fame; onde Cicerone affermava che quel territorio sembrava fosse stato dato in preda alle belve feroci. Il grande oratore, succeduto nel governo, allontanò quelle bande e si regolò poscia nel modo che già vedemmo. Ma il governatore, che rifiutava di prestarsi agli abusi e si sforzava di impedire che le provincie morissero, secondo l'espressione di Cicerone stesso, sollevava naturalmente le ire di tutti coloro che vivevano della morte delle provincie. I cavalieri, i grandi signori, che non venivano più rimborsati diventavano suoi nemici mortali. Doveva avere in cambio la riconoscenza delle provincie; ma era piccola cosa e poco sicura. Il predecessore di Cicerone aveva proprio rovinata la Cilicia; perciò si pensava di erigergli un tempio! Cicerone, che governò in modo tanto onorevole e degno, acquistò appena qualche amico; si fece al contrario molti nemici, e quasi si guastò con Bruto pel noto negozio [1].

78. — SCOMPARSA. La specie di contratto letterale di cui abbiamo discorso dovette sparire in seguito alla celebre costituzione di Caracalla, per la quale il diritto romano si estendeva colla larga concessione della cittadinanza. Ciò perchè singrafe e chirografi non erano stati mai accolti, nel loro dichiarato e propugnato valore di

---

[1]) Per tutta questa materia, della così detta *syngrapha Salaminia*, leggi le quattro lettere di Cicerone *ad Atticum* 5. 21 e 6. 1, 2 e 3. — Abbiamo uno studio speciale di Savigny *Ueber den Zinswucher des M. Brutus* [Sul negozio usurario di M. Bruto] inserito nei *Vermischte Schriften* [Scritti varî] Berlin 1850 vol. 1 pag. 386 e segg.; che si aggiunge ad altro scritto sul contratto letterale, *Ueber den Literalcontract der Römer*, ivi pag. 205 e segg. Piacevolmente la cosa è narrata nel geniale e sagace libro de Boissier *Cicéron et ses amis* 10ª ed. Paris 1895 pag. 330 e segg.

titoli costitutivi del vincolo obbligatorio, dal diritto romano, pei rapporti fra cittadini; qui sì non erano che strumenti di prova.

Non convengono però tutti in questo.

E se per la *syngrapha*, tutt'al più, i dissenzienti ammettono un passaggio *non duraturo ed esteso* della medesima dagli editti provinciali nella vita giuridica romana [1] — quanto al *chirographum* lo si vuole passato *stabilmente* e *largamente* dal giure provinciale al giure comune dell'Impero, onde vi sarebbe una nuova obbligazione letterale nel più recente diritto [2]; il che combatteremo nel paragrafo successivo.

## § 7.

## C) Diritto giustinianeo *

Nozione — Critica. Inesistenza di obbligazioni letterali (pag. 139)

79. — Nozione. Giustiniano nel titolo *de litterarum obligatione* delle sue Istituzioni [3], dopo avere affermata la scomparsa dei *nomina transscripticia* [4], constata esistere al tempo suo una nuova obbligazione letterale, sorta in relazione all'istituto della *querella non numeratae*

---

[1]) Vedi specialmente Costa *Corso* vol. 2 pagg. 245-246 e Schupfer ivi cit.

[2]) Cfr. anche Girard *Manuel* pag. 497 n. 3.

* pr. I. h. t. 3. 21 22].

Si cita qui nuovamente lo scritto di Schupfer segnalato a pag. 129 n. *; olt e i lavori di Buonamici, Gide, Facelli citati a pag. 114 n. * per tutta la materia del contratto letterale.

[3]) Più volte citato: 3. 21 [22]

[4]) Vedi pagg. 122 e 127.

*pecuniae*, per ciò che questa si poteva far valere solo dentro un certo termine, trascorso il quale il documento faceva piena prova: « ..... si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime [1] numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, cessante scilicet verborum obligatione [2]... ».

80. — CRITICA. INESISTENZA DI OBBLIGAZIONI LETTERALI. Nella suddetta dichiarazione fatta da Giustiniano, è stranamente confuso ciò che dà vita ed origine al rapporto obbligatorio con ciò che è semplice prova del medesimo; la ben nota profonda differenza che via via ripetutamente abbiamo incontrata attraverso tutta questa esposizione del contratto letterale. Infatti, chi ha rilasciato il documento attestante il debito, trascorso il biennio non è già tenuto per ciò solo che ha scritto il documento, ma bensì perchè avendolo rilasciato non ha poi fatto valere la *querella*; e quindi potendosi ravvisare nell'inazione sua prolungata una novella confessione di debito, in aggiunta a quella contenuta già nello scritto, è da ritenersi che il denaro gli sia stato effettivamente consegnato. In altre parole egli si considera obbligato non già *litteris*, ma *re*, in forza di un mutuo di denaro legalmente presunto [3].

---

[1]) Rileviamo il *minime* adoperato in luogo del semplice *non* che si ha nell'espressione tecnica. Quest'uso di *minime* è frequente nei giustiniani e diventa indizio di interpolazione.

[2]) L'ultima proposizione equivale al « si eo nomine stipulatio non fiat » di Gaio 3. 134.

[3]) Cfr. il *Corso* del prof. Nani cit. a pag. 71 n. 4, pag. 489.

Ma la confusione da noi rilevata è fatta probabilmente da Giustiniano consapevolmente; allo scopo di conservare nelle sue Istituzioni, malgrado la scomparsa dei *nomina transscripticia*, la quadruplice divisione classica delle obbligazioni contrattuali, in obbligazioni nate *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*; colmando in qualche modo la lacuna che la scomparsa di quell'istituto aveva lasciato (1). Convien ricordare che le Istituzioni erano un compendio destinato principalmente alla scuola nel quale « breviter expositum est *et quod antea optinebat* » (2). È naturale che in un'opera di tal genere Giustiniano non potesse passar sotto silenzio i *nomina transscripticia*; ed infatti egli vi accenna, per dire che sono tramontati. È parimente naturale che dopo ciò si affacciasse a Giustiniano la questione se negli istituti del suo tempo si potesse rintracciare una qualche analogia con questa antica forma di contratto. Crede di trovarla nella materia della *querella non numeratae pecuniae*; e così lo dichiara:

« Se qualcuno abbia affermato per iscritto di dovere una somma, mentre questa non gli fu data, dopo un certo tempo non può più opporre in sua difesa che il denaro non gli fu consegnato; così hanno ripetutamente stabilito le costituzioni imperiali. In base a ciò, oggi ancora può accadere che taluno, avendo perduto il diritto di contestare la realtà del fatto dichiarato nel

---

1 Cfr. § 2 I. *de obligat.* 3. 13 [14] « ..... prius est, ut de his (obligationibus) quae ex contractu sunt dispiciamus. harum aeque quattuor species sunt; aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus ».

2) § 5 del *Proemio.*

documento, si trovi obbligato in forza di quest'ultimo, ovverossia in forza della scrittura ».

Nella conclusione di questo discorso noi, riflettendo, non possiamo e non dobbiamo ravvisare che una pura veduta teorica e speculativa, errata come si disse, senza valore pratico e positivo [1].

81. — Senonchè alcuni autori hanno voluto sostenere che il *chirographum*, col valore che aveva nel diritto greco — cioè di fonte e base dell'obbligazione e non soltanto di mezzo probatorio —, sia passato dal diritto provinciale nel diritto comune dell'Impero. Vi sarebbe quindi, per questo, un'*obligatio litteris* anche nel diritto giustinianeo [2].

Ma già Gneist [3] ha dimostrato il contrario; e di recente Mitteis [4] confermava che il chirografo romano è al tempo di Giustiniano, come prima, un semplice mezzo di prova e non una fonte di obbligazione. Infatti numerosi testi dicono che i patti constatati in un chirografo rimangono patti privi di azione e non diventano contratti obbligatorî; come può vedersi ad esempio nella L. 14 C. *si certum pet.* 4. 2 (Diocl. et Max.):

---

[1]) Un elegante scrittore francere (Gide, cit. a pag. 114 n. *, rispettivamente pagg. 43-44 e pagg. 227-218) dice, piacevolmente, che Giustiniano fa come quegli architetti i quali simulano una finestra per mantenere la simmetria in una facciata. Egli non vuol derogare alle tradizioni della scuola e si sforza di mantenere intatta la quadruplice divisione dei contratti; ma il contratto *litteris* non è e non può essere ai suoi tempi che una finta finestra.

[2]) Cfr. pag. 138 n. 1-2.

[3]) *Op. cit.* a pag. 6 n. *, pag. 362 e segg.

[4]) *Op. cit.* a pag. 76 n. 2, pag. 492 e segg.

« Mutuae pecuniae, quam aliis dedit, creditor citra sollemnitatem verborum subscribentem instrumento non habet obligatum ».

Non si dimentichi che anche nel progressivo indebolirsi dell'elemento orale nella *stipulatio*, mentre acquista via via più importanza lo scritto o chirografo, formalmente l'obbligazione rimane pur sempre costituita dal contratto verbale e lo scritto ha nella *stipulatio*, che si presume avvenuta, il suo fondamento (1).

82. — Riassumendo: 1) Al tempo di Giustiniano i *nomina transscripticia* non sono che un remoto ricordo. 2) Non havvi punto una nuova obbligazione letterale in rapporto alla *querella non numeratae pecuniae*, per la prescrizione di questa; secondo che Giustiniano invece dichiara, fuorviato dall'intento dottrinario-scolastico. 3) Il chirografo è, pur sempre, soltanto uno strumento *ad probationem*.

Nel diritto giustinianeo non esiste più in modo assoluto un'obbligazione nascente *litteris*. — Conferma e prova chiara di questo offre il fatto, che i compilatori del Digesto hanno dovunque eliminata completamente la menzione delle obbligazioni fondate sulla scrittura, nella enumerazione classica dei contratti sorti *re, verbis, litteris, consensu* (2).

---

1) Vedi pag. 66 e segg.

2) Vedi p. es. L. 1 § 1 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*) confrontata con Gai. 3. 89; raffronto già indicato a pag. 128 n. 1, particolarmente pei *nomina transscripticia*.

Appena si accenna qui, in fine, al modo affatto originale onde Facelli, nel libro più volte citato (pel titolo vedi pag. 94 n. *), pag. 37 n. 1 e pag. 46 e segg., concepisce ed afferma, in rapporto

al nostro titolo 3. 21 [22] delle Istituzioni, l'esistenza di un contratto letterale vero e proprio nel diritto giustinianeo. Di fronte all'obbiezione che non possa una semplice scrittura probatoria, col puro decorso del tempo, trasformarsi in scrittura obbligatoria sembra a Facelli « siavi una sola via di scampo, quella cioè di ammettere *coraggiosamente* l'esistenza di un'obbligazione vera e propria nascente *hic et nunc* dalla scrittura, tal quale come la iscrizione trascritta col consenso del debitore sui *codices* dell'antico *paterfamilias* romano dava vita senz'altro alla *literarum obligatio* dell'epoca classica; e come dai tempi di Gaio *hic et nunc* da chirografi e singrafe nasceva l'obbligazione letterale propria dei peregrini ». Questa tesi non può proprio accettarsi. Gli argomenti contro di essa e contro quanto dice l'A. per suffragarla si presentano facili e numerosi. In particolare, nella esegesi, come può Facelli metter da parte, ritenendole di secondaria importanza nella questione, le parole che scriviamo in corsivo nella proposizione « sic fit ut de hodie, *dum queri non potest*, scriptura obligetur et ex ea nascatur condictio »? Più ampiamente vedi la recensione di Fadda cit. a pag. 94 n. *, loc. ivi cit. pagg. 460-461. Il libro di Facelli, che abbiamo pur lodato e difeso nel presentarlo (loc. cit.), in questa parte, in cui l'A. vuol bruscamente allontanarsi dai suoi predecessori, è senza dubbio difettoso e criticabile.

INDICE

# LE OBBLIGAZIONI

## Parte speciale

### I. Contratti; patti; quasicontratti

Avvertimento . . . . . Pag. 5

CAPITOLO PRIMO

I contratti formali

§ 1. Il nexum . . . . . » 7

Nozione — Efficacia (pag. 13) — Scomparsa (pag. 16)

§ 2. Il contratto verbale

*A)* La dotis dictio . . . . . » 18

Il contratto verbale in generale

*La dotis dictio* — Nozione (pag. 20) — Persone. Giustificazioni (pag. 24) — Tempo. Dottrine diverse (pag. 28) — Contenuto ed effetti (pag. 32) Scomparsa (pag. 33)

§ 3. *B)* Il iusiurandum liberti . . . . . » 34

Nozione — Confronto colla stipulatio (pag. 40) — Diritto giustinianeo (pag. 43)

§ 4. *C)* La stipulatio . . . . . » 43

Definizione. Terminologia. — Etimologia (pag. 47) — Origine (pag. 48) — Forma e requisiti (pag. 56) — Contenuto. Funzioni ed uso (pag. 72) — Rapporto colla causa (pag. 92) — Effetti (pag. 102) — Estinzione (pag. 112)

§ 5. Il contratto letterale

*A)* Nomina transscripticia . . . Pag. 114

Distinzione

*Nomina transscripticia* — Nozione (pag. 115) — Effetti (pag. 126) — Scomparsa (pag. 126)

§ 6. *B)* Chirografi e singrafe . . . . » 129

Nozione — Uso (pag. 134) — Scomparsa (pag. 137)

§ 7. *C)* Diritto giustinianeo . . . . » 138

Nozione — Critica. Inesistenza di obbligazioni letterali (pag. 139)

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

UNIVERSITÀ DI TORINO

*Anno scolastico 1904-05*

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 8

1905

Fascicolo 2°

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 8

1905

FEB 9 '27

# CAPITOLO SECONDO

## I contratti reali *

83. — I contratti reali — *re contrahitur obligatio* (1) — sono quelli per la cui perfezione si richiede, in aggiunta all'elemento comune psichico del consenso, un elemento materiale: la *res*, ovverossia la consegna di una cosa oppure di una somma di denaro o di una quantità di cose fatta da uno dei contraenti all'altro; il quale ultimo si obbliga a restituire, secondo i casi, o propriamente ciò che ha ricevuto oppure la stessa somma od un'eguale quantità di cose dello stesso genere e qualità.

Tali contratti sono nel diritto giustinianeo (2): *mutuo,*

---

* Gai. 3. 90-91; Inst., tit. *quibus modis re contrahitur obligatio* 3. 14 [15].

Nella letteratura: Non è recente ed in diversi riguardi risulta incompleto, tuttavia vien sempre citato ed è ancora utile Ubbelohde *Zur Geschichte der benannten Realcontracte auf Rückgabe derselben Species* [Contributo alla storia dei contratti reali nominati in cui si deve restituire la medesima species] Marburg u. Leipzig 1870.

1) Gai. 3. 89-90; I. tit. cit. rubrica e proemio; § 2 I. *de obligation.* 3. 13 [14].

2) I. tit. cit.

*commodato*, *deposito*, *pegno*. Pel diritto antegiustinianeo devesi aggiungere la *fiducia*.

Noi tratteremo anzitutto del *mutuo*; converrà dire quindi della *fiducia*; proseguendo, considereremo insieme gli altri tre contratti reali, *commodato*, *deposito*, *pegno*; per esporne successivamente la singola rispettiva dottrina.

## § 8.

## Il mutuo *

Definizione e terminologia — Cenno storico (pag. 151) — Requisiti (pag. 153) — Effetti (pag. 178) — Prova (pag. 192)
Casi speciali: Mutuo marittimo (pag. 196). Mutuo di denaro ad un filiusfamilias (pag. 206)

84. — DEFINIZIONE E TERMINOLOGIA. Il mutuo è quel contratto reale per cui una persona, che dicesi mutuante, dà in proprietà ad un'altra, che dicesi mu-

---

* Gai. 3. 90-91 — Instit., tit. cit. 3. 14 [15] pr. e §§ 1-2 — Dig., tit. *de rebus creditis si certum petetur et de condictione* 12. 1 — Cod., tit. *si certum petatur* 4. 2. — Avvertasi che nel titolo *de rebus creditis et de iureiurando* del Codice (4. 1) si parla soltanto del giuramento; sicchè non giustamente trovasi qui addotto in genere dagli autori come *sedes materiae*.

Per la speciale letteratura: Huschke *Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehn u. den dazu gehörigen Materien* [La teoria del diritto rom. circa il mutuo e le materie attinenti] Stuttgart 1882, colla recensione di Brinz nella *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. RW.* [Rivista critica trimestrale di legislaz. e giurispr.] vol. 25 [a. 1883] pag. 184 e segg.; Glück *Comment. delle Pand.* lib. 12 tit. 1, Milano 1903, già citato a pagg. 94-95 n. *; v. *Mutuum* nel *Dictionn.* cit. a pagg. 114-115 **, vol. 3 p. 2 pagg. 2131-2133, di Cuq, recentissima, 1904 (ivi pagg. 2130-2131 diritto greco, di Beauchet). — Aggiungi: Messa

tuatario, una somma di danaro od una quantità di altre cose fungibili (grano, vino, olio, ecc.), perchè se ne serva, coll'obbligo di restituire la medesima somma o altrettanto dello stesso genere e della stessa qualità.

Come si vede in questa definizione, il caso principale di mutuo è quello del mutuo di denaro; ma non è l'unico.

Gai. 3. 90 (1): « Re contrahitur obligatio velut mutui datione. *Mutui autem datio* (2) proprie in his [fere] (3) rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae (4) reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit ».

85. — *Mutuum (mutui datio), mutua pecunia, pecunia credita, res credita, creditum,* sono le espressioni che de-

---

*Il contratto di mutuo* Milano 1900 (estr. dall'*Enciclop. giurid. ital.* v. *Mutuo* vol. 10 p. 3), già citato a pagg. 94-95 n. *. Il lavoro, com'è naturale, si occupa in primo luogo di diritto odierno. L'A. però svolge con una certa ampiezza anche il diritto romano; e ciò fa con diligenza, precisione e modernità di studî.

1) Cfr. pr. I. cit. e L. 1 § 2 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*). Adde L. 2 pr. e §§ 1-3 D. h. t. 12. 1 e § 2 I. h. t. 3. 14 [15].

2) Parole restituite in base alle I., pr. cit.

3) Quest'ultima parola non c'è nelle Istituzioni giustinianee; ed effettivamente non deve esserci.

4) « et qualitatis », Instit.; « generis et qualitatis », L. 1 § 2 D. cit.; nel Gaio visigoto, 2. 9. 1, « atque ipsius (= eiusdem) ponderis, numeri vel mensurae », onde la definizione si completa.

signano il negozio in discorso; vengono adoperate anche per indicare l'oggetto del medesimo (1). Si distinguono poi *mutuum* in stretto senso o *gratuita pecunia* che significa il mutuo senza interessi, gratuito o grazioso, quale vien fatto tra amici, e *foenus (faenus, fenus)* o *foenebris (foenerata) pecunia* che designa il mutuo a frutto (2). — *Mutuare* o *mutuari* si applica propriamente

---

1) Ci tratteniamo brevemente sulle ultime espressioni, in cui vi ha *credere*. Questa parola viene dalla radice *krat*, che significa *fidarsi* o *affidarsi*. In senso stretto indica, per sè e nelle espressioni congiunte, appunto il mutuo. Ma variamente trovasi adoperata in senso più largo: estesa alla *stipulatio* ed al contratto letterale (*verbis* o *litteris credimus*); abbracciante tutti i negozî in cui vien fatta una prestazione coll'obbligo per l'altra parte di un'altra prestazione (prestazione di restituzione, oppure controprestazione o prestazione di ricambio), onde tutti i contratti reali vi son compresi; addirittura per qualsiasi rapporto obbligatorio. Vedi per tutto questo: Cic. *pro Roscio com.* 4. 10 e 5. 14; Gai. 3. 124; L. 1, L. 2 §§ 1, 3 e 5, L. 4 pr. D. h. t. 12. 1; L. 1 pr., L. 3 § ult. e L. 4 D. *ad SC. Macedon.* 14. 6; LL. 10, 11 e 12 pr. D. *de V. S.* 50. 16.

2) Plaut. *Asin.* 1. 3. 95 « Nam si mutuas (sc. minas, opes) non potero (sc. sumere ab amico), certumst sumam foenore » e *Pseud.* 1. 3. 52-53 « ... si amabas invenires mutuom; | ad danistam devenires, adderes foenusculum ». Non. Marcell. 5. 70 « *Mutuum* a *foenore* hoc distat, quod *mutuum* sine usuris, *foenus* cum usuris sumitur; et est quasi accepti foetus. Unde et *foenus* dictum est, ut graece τόκος, quasi partus mutui sumti ». Analogamente per *foenus* Aul. Gell. *Noct. att.* 16. 12, citando Varrone. — L. 8 D. *in quib. caus. pign.*, 20. 2 « Cum debitor gratuita pecunia utatur..... » e L. 2 D. *de calumn.* 3. 6 « ... si gratuita pecunia utenda data sit... ». — L. 6 C. Theod. *de denuntiat.* 2. 4 «... debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium..... ».

In particolare, *foenus*, si sa, significa anche soltanto l'interesse (cfr. Non. Marc. cit.) o talvolta anche il capitale dato a frutto.

al mutuatario (*mutuans* o *mutuo accipiens*); talvolta anche al mutuante (*mutuo dans*) [1].

86. — CENNO STORICO. Nell'originario sistema formalistico delle convenzioni non era riconosciuto il mutuo, come non erano riconosciuti gli altri contratti non formali. La convenzione che lo costituiva poteva certamente essere resa obbligatoria mediante la forma del *nexum* [2]; come pure, sorta e sviluppatasi la *stipulatio*, poteva il negozio rendersi obbligatorio mercè la forma di quest'altro contratto. Ma, per se stesso, il mutuo non era che un semplice patto privo di azione.

È da ritenersi d'altronde che un diritto di agire per la restituzione delle cose mutuate, senza ed all'infuori delle forme del *nexum* e della *stipulatio*, sia stato ammesso abbastanza presto e facilmente; più presto e facilmente che non sia stato ammesso il diritto di agire per le altre convenzioni non formali. Questo, non già in forza del concetto di contratto, bensì in forza del concetto dell'ingiusto arricchimento, di cui altrimenti, cioè non restituendo, godrebbe il mutuatario. Il principio che debba rimuoversi l'arricchimento ingiustificato risale ad un'età antica; possiamo ritenerlo accolto e fissato già nel periodo delle *legis actiones*, ed in questo stesso periodo già sanzionato dalla *legis actio sacramento*, avanti la *condictio* che ne fu più tardi la sanzione regolare. Nulla di strano che anche nel nostro caso, come

---

[1]) Cfr. e vedi per questi cenni terminologici i migliori dizionarî giuridici alle relative voci.

[2]) Cfr. pag. 11, dove addirittura si è detto che in origine il *nexum* ci si presenta quale un mutuo solenne.

in altri (furto, pagamento dell'indebito), il suddetto principio sia stato applicato; ed anzi traccie posteriori rendono questo molto verosimile [1].

Più tardi il mutuo (non formale) fu riconosciuto quale contratto obbligatorio, e come tale tutelato. In genere si reputa essere ciò avvenuto intorno al quinto secolo; poichè si crede di trovarne testimonianza già nelle commedie di Plauto, e così per il *mutuum* in stretto senso come per il *foenus* [2].

87. — Collegandoci a quest'ultima dichiarazione, aggiungiamo nel presente breve cenno storico che se il mutuo, come altri contratti, sorge *ex officio atque amicitia* [3], nella sfera ristretta dei parenti e degli amici, ond'è da principio essenzialmente gratuito — ben presto esso si estende ed acquista funzione e carattere economico-commerciale; onde eccezione diventa il mutuo gratuito e regola il mutuo fruttifero. Particolarmente

---

[1]) Per lo svolgimento di quest'idea sull'originaria tutela del mutuo vedi Girard *Manuel* pagg. 502-503 e gli scritti ivi citati. Aggiungi, dei nostri, Bonfante *Diritto romano* Firenze 1900 pag. 379, Ferrini *Manuale di Pand.* pag. 666, Costa *Corso* vol. 2 pagg. 257-258; e più recentemente ancora Cuq citato a pag. 148 n. *, pag. 2131.

[2]) Vedi i passi in Costa *Diritto priv. rom.* cit. a pag. 44 n. 1, pag. 307 e segg. — Si è addotto anche un passo di Livio (32. 2) relativo all'anno 555, come la prima menzione del riconoscimento giuridico del mutuo; ma qui trattasi di un prestito assunto a Roma dai Cartaginesi, donde non può trarsi argomento dimostrativo pei contratti privati.

[3]) Gell. 20. 1. 41 « Hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt, maximeque in pecuniae mutuaticiae usu atque commercio ». E cfr. i diversi passi di Plauto relativi al mutuo nel libro di Costa, conforme alla nota precedente.

poi il dar mutui ad interesse diventa abituale speculazione da parte dei banchieri, nelle cui mani si concentra il movimento dei capitali (1). — Come si fondasse l'obbligazione di prestar gli interessi lo vedremo più avanti.

88. — REQUISITI. Sono i seguenti:

*1*) Essendo un contratto reale, il mutuo non è perfetto finchè non sia fatta la tradizione (2). — Non va confuso quindi il contratto reale di mutuo colle convenzioni che possono precederlo; per le quali è interessante la L. 68 D. *de V. O.* 45. 1 (Paul. *2 ad ed.*):

« Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero, *pecuniam te mihi crediturum spondes?*, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest » (3).

---

1) Su questo punto cfr. e vedi da ultimo Fadda *Istit. comm.* cit., pag. 181 e segg. e gli autori ivi citati. Noi ci limitiamo a dire che già in Plauto *Trucul.* 1.1.68 e segg. e *Curcul.* 4.1.19 gli *argentarii* ci si presentano come prestatori ad interesse per professione, e che, attraverso passi del Digesto e del Codice in questo senso, si arriva al diritto nuovissimo, dove la Nov. 136 c. 1, 3, 4 si occupa dei mutui dati agli *argentarii* ed infine l'editto IX di Giustiniano nel c. 5 riconosce come funzione essenziale della professione di banchiere il dare e ricevere a mutuo: « (trad. lat.) quoniam victus ipsis in mutuo et dando et accipiendo consistat... ». Soggiungiamo che i banchieri romani, non meno dei banchieri greci loro maestri, erano soliti di cautelarsi nel dare a mutuo e sopratutto si avvalevano delle garanzie reali; per il che può vedersi ancora Fadda cit., pag. 197 e segg.

2) Cfr. i passi prima addotti a pag. 149 n. 1; fra i quali L. 2 § 3 D. cit. « ..... mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia ..... ».

3) Se qui si tratta della convenzione di dare a mutuo, parla invece della convenzione di ricevere a mutuo la L. 30 D. h. t.

89. — Non si tratta di consegna in genere, bensì di *datio* nel senso tecnico della parola. La consegna deve riunire le condizioni idonee pel trasferimento della proprietà; il mutuante deve trasferire la proprietà delle cose oggetto del contratto al mutuatario.

L. 2 § 2 D. h. t. 12. 1 (Paul. *28 ad. ed.*): « Appellata est ..... mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio ».

Questa etimologia — che troviamo anche in Gaio e nelle Istituzioni (1) — è generalmente dichiarata falsa (2), e si fa invece derivare *mutuum* dal greco μοῖτον (3) o dalla radice *mov* che indica *scambiare*, *mutare*. Ma ai giureconsulti romani, se pur di ciò consapevoli, conveniva lasciar correre l'errore, perchè serviva ad imprimere nella mente dei giovani studiosi del diritto un elemento essenziale del negozio (4).

---

12. 1 (Paul. *5 ad Plautium*): « Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat ». È un testo non chiaro e perciò molto discusso. Da confrontarsi L. 4 D. *quae res pign.* 20. 3 (Paul. *5 respons.*); vedi Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 1153 n. 3.

1) Rispettivamente 3. 90 e pr. *quib. mod. re* 3. 14 [15]. Ancora poi in Isidor. 5. 25 e Non. Marcell. 5. 70.

2) Vedi anche Ceci *Le etimol.* cit. a pag. 48 n. 1, pagg. 132-133.

3) Cfr. Varro *de lingua latina* 5. 179 (in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 56): « si datum quod reddatur, mutuum, quod Siculi μοῖτον ».

4) Il prof. Carle (*Origini* pag. 486 n. 1) difende l'etimologia delle fonti, dichiarando di farlo non come etimologo, ma come giurista. Questa, egli dice, come altre etimologie ragionate (quali *testamentum* da *mentis testatio*, *mancipatio* da *manu captum*), diventano tanto più probabili quando si rifletta che il diritto romano fin dai primi tempi fu il frutto di una vera elaborazione, la quale può benissimo avere adattata la parola al concetto che intendeva di significare.

90. — Da ciò che il mutuo richiede una traslazione di proprietà deriva che il tradente ha da essere proprietario ed inoltre capace di alienare.

Pel primo punto vedi in ispecie la L. 2 § 4 D. h. t. (Paul. *28 ad. ed.*): « In mutui datione oportet dominum esse dantem » (1).

Pel secondo punto, cioè per la richiesta capacità di alienare nel tradente, vedi in ispecie il § 2 I. *quib. alienare licet vel non* 2. 8. Qui si rileva che se il pupillo presta del denaro senza l'*auctoritas tutoris* egli potrà rivendicare ciò che ha dato in quanto esista ancora in natura presso l'accipiente, e potrà poi intentare una *condictio sine causa* od un'*actio ad exhibendum* qualora il denaro sia stato consumato rispettivamente in buona od in mala fede; ma, comunque, non potrà agire *ex mutuo*, perchè mutuo non si è formato a cagione dell'incapacità di alienare del *tradens*.

« ...admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest... » (2).

---

1) Adde L. 13 § 2 e L. 16 D. h. t., L. 3 § 1 D. *de O. et A.* 44. 7, L. 94 § 1 D. *de solution.* 46. 3.

2) Cfr. Gai. 2. 82, lacunoso. Va segnalata la parte finale relativa al caso di *consumptio*, differente: « ..... unde de pupillo quidem quaeritur an nummis quos mutuos dedit ab eo qui accepit *consumptis civili* actione eos persequi possit, quoniam *dari*

91. — Dalla necessità del trasferimento del dominio si è sovente dedotto che il mutuante, quando chiede la restituzione, deve provare che in quel tempo in cui dava a mutuo egli era proprietario delle cose che ora reclama. — Questa dottrina a ragione fu combattuta. I testi esigono da chi agisce per la restituzione del mutuo la prova che ha sborsato, che ha consegnato il denaro, e non di più; con che si accorda, nella sua terminologia, l'istituto della *exceptio* o *querella non numeratae* (e non già *non datae*) *pecuniae*. Certo il trapasso della proprietà è un elemento del mutuo; ma vi sono elementi del contratto che si presumono, come la capacità delle parti [1].

92. — In generale si ritiene che, pur richiedendosi per principio che il mutuante fosse proprietario, tuttavia il contratto si convalidasse *ex post-facto* (così detta *reconciliatio mutui*) nel caso in cui l'*accipiens*, il quale non era potuto diventare proprietario da principio perchè non lo era il tradente, acquistasse poscia il dominio per via di usucapione o di commistione del denaro; ed altrettanto dicasi per l'ipotesi che l'accipiente avesse consumato in buona fede, cioè nell'opinione che il

---

*eos sibi oportere intendere non* potest ». (Anche qui ci atteniamo a Girard *Textes* pag. 242 che nel colmar le lacune segue Mommsen; altre restituzioni in Dubois *Institutes de Gaius* Paris 1881 pag. 158 e segg.). — Vedi poi anche: L. 9 pr. D. *de auctor. et cons. tut.* 26. 8 (Gai. *12 ad ed. prov.*) « ..... pupillus sine tutoris auctoritate ..... credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest »; L. 3 § 2 D. *de SC. Maced.* 14. 6 (Ulp. *29 ad ed.*) « ..... mutua pecunia non fit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat... »; L. 19 § 1 D. h. t. 12. 1.

[1]) Cfr. Girard *Manuel* pag. 505 n. 5.

mutuo fosse valido, le cose ricevute, ritraendone pertanto quello stesso vantaggio materiale che avrebbe ricavato da tali cose ove ne fosse divenuto proprietario (1).

Ma alcuni autori (2) non credono che nella *condictio* di cui parlano i testi si tratti dell'azione del contratto, bensì di una *condictio sine causa*; respingono quindi la dottrina comune affermante la convalidazione del mutuo. Ciò specialmente per l'anzidetta ipotesi della consumazione in buona fede (3); mentre negli altri casi di vero acquisto posteriore della proprietà da parte dell'accipiente, la convalidazione del mutuo è, per l'età imperiale almeno, più largamente riconosciuta.

I testi da vedersi in proposito sono: L. 11 § 2 e L. 13 pr. e § 1 D. h. t. 12. 1 (4); L. 12 e L. 19 § 1 D. h. t. (5); L. 56 § 2 D. *de fideiussor.* 46. 1; L. 15 § 1 D. *de condict. indeb.* 12. 6; LL. 60 e 78 D. *de solution.* 46. 3 (6).

---

1) Abbiamo parlato di consumazione *in buona fede.* Che se l'*accipiens* avesse consumato in mala fede le cose ricevute, cioè sapendo che non erasi formato valido mutuo, egli sarebbe tenuto a rispondere verso il proprietario dei danni-interessi.

2) Così, p. es., Accarias *Précis de droit romain* 4ª ed. Paris 1886-91 vol. 2 pagg. 237-238.

3) Per questa ipotesi nei vecchi commentatori si trova una denominazione speciale dell'azione discussa: *condictio de bene depensis* o *de bona fide consumptis.*

4) La L. 11 § 2 interessa anche per l'ipotesi di consumazione in mala fede, di cui sopra n. 1. Cfr. per la medesima ipotesi il § 2 I. trascritto a pag. 155.

5) Per la L. 12 cfr. L. 24 pr. e §§ 1-2 D. *de O. et A.* 44. 7.

6) Adde la Parafrasi greca delle Istituzioni, § 2 cit., ed. di Ferrini pagg. 145-146, esplicitamente in senso affermativo: « (tr. lat.) ...reliquum est ut ei condictio detur et quod pecuniae numeratione non est effectum, scilicet ut mutuum constitueretur et accipiens teneretur condictione, id bonae fidei consumptio faciet... ».

Chi dissente fa osservare in special modo che nella L. 19 § 1 cit. (Iulianus *10 digestorum*) da principio è scritto « si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit ... consumpta pecunia condictionem habet ... non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse » per concluderne — pur in rapporto al brano successivo « nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea habet obligatum eum qui acceperit »; poichè sembra che il giureconsulto parifichi questo caso, di mancanza di proprietà nel tradente, a quello di incapacità di alienare del medesimo — essere solo l'arricchimento, e non un negozio giuridico, ciò che dà luogo alla *condictio*, la quale pertanto è una *condictio sine causa*.

Si nota poi circa la L. 56 § 2 cit., che sarebbe dichiarazione troppo ovvia, quella che il fideiussore è tenuto, una volta che colla consumazione in buona fede si avesse veramente un mutuo; il giureconsulto invece vuol dire che è un'altra *causa*, diversa dal mutuo, quella che produce la *condictio*, e pur tuttavia il fideiussore è tenuto.

Si rileva infine, che nella L. 12 cit. è parificato il nostro caso (di consumazione in buona fede delle cose di un terzo ricevute a mutuo) con quello di mutuo dato da un *furiosus*; nel quale ultimo caso non si tratta certo di *condictio ex mutuo*.

93. — Tornando al principio che il mutuo richiede un trapasso di proprietà, dobbiamo ora dire come in origine fosse necessario, perchè mutuo si costituisse, che le cose oggetto del medesimo passassero direttamente dalla proprietà del mutuante in quella del mu-

tuatario ; occorreva allora « dantis esse nummos et fieri accipientis », per esprimerci colle fonti [1].

In seguito fu gradualmente ammesso, non senza esitanze e riscontro di anomalie, che la proprietà si potesse trasferire anche *indirettamente*. — E noi vediamo, in particolare ed in concreto, che il mutuo si costituisce anche nei seguenti casi:

*a*) Quando taluno creditore ad un qualche titolo di una somma di denaro o di una quantità di altre cose fungibili ordina al suo debitore di pagare ad un terzo, cui vuol dare a mutuo, e così avviene.

*b*) Quando taluno creditore ad un qualche titolo (p. es. per causa di deposito, mandato o vendita) di una somma di denaro o di una quantità di altre cose fungibili conviene col proprio debitore che ritenga a titolo di mutuo la somma o quantità dovuta.

*c*) Quando l'individuo richiesto del prestito consegna al richiedente una cosa perchè la venda e ritenga a titolo di mutuo il prezzo ricavato ; pur che la vendita abbia effettivamente luogo ed il venditore riceva il prezzo.

*d*) Quando l'individuo richiesto del prestito consegna una cosa con una stima in denaro rappresentante l'ammontare del mutuo.

*e*) Quando taluno in nome di un terzo e col consenso di questo dà a mutuo monete od altre cose fungibili di tal terzo od anche proprie.

94. — L. 34 pr. D. *mandati* 17. 1 (*Iulian. ap.* African. 8 *quaest.*) : « Qui negotia Lucii Titii procurabat, is,

---

[1]) L. 3 § 1 D. *de O. et A.* 44. 7. Cfr. L. 34 pr. D. *mandati* 17. 1 « ... nummi, qui mei erant, tui fiunt... ».

cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere pecuniam, credita fiat, id enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent [1], tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat ».

Da questo passo si ricava specialmente:

*α*) Che si ammette la formazione del mutuo quando l'individuo richiesto del prestito ordina al suo debitore di pagare a colui al quale vuol dare a mutuo, quantunque le monete od altre cose fungibili che in tal guisa si danno non sieno del mutuante, ma del suo debitore. È avvertito però il favore, l'anomalia: « benigne receptum est ». — Cfr. lett. *a*, a pag. 159.

---

[1]) Inverti così: « procuratorem, quamvis ipsius periculo nummi fierent: ut tamen ».

β) Non si ammette invece che mutuo si formi per ciò che taluno già creditore ad un qualche titolo (mandato, nel caso concreto) di una quantità di cose fungibili non ancora individualizzate, *in genere,* conviene col proprio debitore che tenga a titolo di mutuo la somma o quantità dovuta. — Cfr. lett. *b*, a pag. 159.

γ) Nemmanco si ammette mutuo per effetto della consegna di una cosa affinchè sia venduta e ne venga trattenuto il prezzo come oggetto del mutuo. — Cfr. lett. *c*, ivi.

Avvertasi poi di non confondere, ravvisando un caso di proprietà *indirettamente* procacciata in quello contenuto nelle parole « nec huic — fiunt ». Quando taluno in nome del quale altri possiede *in specie* denaro od altre cose fungibili concede a quest'ultimo di ritenere come mutuo ciò che possiede, la proprietà è procacciata *direttamente* dal mutuante al mutuatario, risparmiando la tradizione (*traditio brevi manu*); onde dice bene il giureconsulto « nummi, qui mei erant, tui fiunt » [1].

95. — L. 15 D. h. t. 12. 1 (Ulp. *31 ad. ed.*): « Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta ».

---

[1]) Per questo caso vedi anche: L. 4 pr., L. 9 § 9 e L. 10 D. h. t.; L. 1 § 34 D. *depositi* 16. 3; Paul. 2. 12. 9 (Collat. 10. 7. 9).

Qui noi vediamo che Ulpiano ammette, come già faceva Giuliano (nella L. 34 pr. cit.), che vi ha mutuo quando si ordina al proprio debitore di pagare a colui al quale si vuol dare a mutuo; adoperando però anche egli un'espressione che accenna ad anomalia o trattamento di favore: « singularia quaedam recepta sunt ». Ciò d'altronde non impedisce ad Ulpiano di spingersi più oltre del suo predecessore; affermando che si forma un valido mutuo anche quando Tizio consente che il suo mandatario conservi a titolo di mutuo la somma di denaro che gli deve in forza del mandato. Questa estensione per via d'analogia, in base al primo caso, che Giuliano ricusa di ammettere, viene ammessa invece decisamente da Ulpiano. Abbiamo due persone sole, anzichè tre; ma la sostanza, egli pensa, è la medesima. Si finge che il denaro sia stato consegnato dal mandatario al mandante in esecuzione del mandato, e quindi dal mandante sia stato novellamente rimesso al mandatario a titolo di mutuo; nella stessa guisa che nel primo caso, accolto già da Giuliano, si suppone che il denaro sia stato consegnato dal debitore al suo creditore, e quindi rimesso da questo al terzo, mutuatario. È logico che ciò che senza atto visibile può avvenire mediante due persone, possa avvenire anche per via di una persona sola [1].

Siffatta soluzione, è chiaro, dà luogo a conseguenze pratiche notevoli: diritto pel debitore al termine fissato per la restituzione del mutuo; sostituzione dell'azione di

---

[1]) Cfr. lo stesso Ulpiano in L. 3 § 3 D. *ad SC. Macedon.* 14. 6, L. 40 pr. D. *de minor.* 4. 4, L. 5 § 18 D. *de tribut. act.* 14. 4.

stretto diritto del mutuo all'azione di buona fede del mandato; necessità di una *stipulatio* per rendere obbligatoria la convenzione degli interessi, mentre questa è obbligatoria per via di semplice patto nel mandato (1).

Havvi chi reputa che la dottrina di Ulpiano sia stata respinta da Diocleziano, nella L. 6 C. *si certum petatur* 4. 2.; per la quale sarebbe deciso che nel caso in discorso persiste l'antico debito colla sua *causa*. Ma questo preteso ritorno all'antico fu combattuto da altri, a parer mio vittoriosamente; e ciò apparirà anche in un confronto esegetico che dovremo fare tra breve (2).

96. — L. 11 pr. D. h. t. (Ulp. *26 ad. ed.*): « Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam perisse, et maxime si sine usuris credidi ».

Anche pel caso qui contemplato Ulpiano dà una soluzione contraria a quella che pel medesimo caso dà

---

1) Tutti questi punti possono riscontrarsi argomentando *a contrario* nel passo di Africano, che dà opposta soluzione.

2) Altri autori ancora vorrebbero restringere in modo diverso il principio che abbiamo dedotto dal passo di Ulpiano qui esaminato.

Giuliano nella trascritta L. 34. Precisamente Ulpiano, a differenza di Giuliano, ammette vi sia mutuo quando Tizio consegna una cosa propria a Sempronio perchè la venda autorizzandolo a trattenersi a titolo di mutuo il prezzo [1].

97. — Per questa L. 11. pr. e per la L. 15 precedentemente esaminata furono fatti numerosi tentativi di conciliazione colla L. 34 pr. Rinunciamo ad esporli; sono tutti infelici. Nè in successivi tentativi è da sperare; chè non si può conciliare; trattasi di dottrine differenti, di uno svolgimento progressivo del diritto, e la L. 34 pr. per questa parte in antitesi ha soltanto, come pur capita alcune volte, valore storico nella compilazione.

98. — L. 8 C. *si certum petatur* 4. 2 (Diocl. et Max.): « Si pro mutua pecunia, quam a creditore poscebas, argentum vel iumentum vel alias species utriusque consensu aestimatas accepisti, dato auro pignori, licet ultra unam centesimam usuras stipulanti spopondisti, tamen sors, quae aestimatione partium placito definita est, et usurarum titulo legitima tantum recte petitur. nec quicquam tibi prodesse potest, quod minoris esse pretii pignus quod dedisti proponis, quominus huius quantitatis solutioni pareas ».

Questa legge, che risguarda anche la teorica degli interessi come quella del pegno, a noi importa soltanto perchè mostra un altro modo di formazione del

---

[1]) Cfr. anche L. 4 pr. i. f. D. h. t. e L. 19 pr. D. *de praescr. verbis* 19. 5, entrambe parimenti di Ulpiano. — Rispetto alla distinzione fatta circa il *periculum*, cfr. per analogia L. 17 § 1 D. *de praescr. verb.* 19. 5 e Paul. 2. 4. 4.

mutuo: si dà una cosa colla stima del valore, intendendosi che tal somma sia mutuata e formi perciò oggetto dell'obbligo di restituzione (cfr. lett. *d* a pag. 159). Il quale modo di formazione del mutuo ci si presenta pur in questi altri testi:

L. 25 C. *de usuris* 4. 32 (Constantin.): « Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras iussimus ».

Nov. 136 c. 3 (trad. lat.): « ..... Si vero contractus sine scripto factus sit fiatve, et ipsi pecuniam dederint vel species quasdam (quod maxime apud praepositos mensae argentariae fieri consuevit, mundo forte muliebri vel argento ob talia dato vel etiam vendito) nec vero pretium acceperint, tunc liceat iis tanquam sua haec vindicare, etiamsi hypothecas non habeant... ».

Il negozio, come si vede, era in particolare d'uso frequente presso i banchieri. — Mitteis [1] trova strano che per esso non si abbia nei testi citati una parola di biasimo, mentre a noi certamente affari di tal genere suscitano grave sospetto di essere poco *puliti*; egli congettura che nell'antichità fossero tratto tratto resi necessarî dalla mancanza di denaro contante [2]. — Fadda

---

[1]) *Trapesitika* cit. a pag. 128 n. 3, pag. 205-206 (nell'estratto pagg. 9-10).

[2]) Mitteis loc. cit. collega a ciò l'osservazione che questi ripieghi dovrebbero a priori escludere idee eccessive sulla entità e rilevanza dell'antico commercio bancario. — Fadda *Istit. comm.* pag. 192 e segg., dubita che la citata Novella si riferisca al caso di cui qui si tratta. Comunque, non è meravigliato, come Mitteis, per la mancanza di parole di censura da parte di Giustiniano. Egli crede che gli abusi, cui per sè il negozio in questione può certamente dar luogo, non si verificassero frequenti allora.

poi [1] mette in guardia contro la confusione che più volte fu fatta tra il negozio in discorso e la vendita a credito: « Passa fra i due negozî grande affinità. In realtà però la *causa* de' due contratti è diversa, e tutto dipende dalla diversa intenzione delle parti. Se lo scopo del negozio è stato quello di fare un prestito e la cosa non fu consegnata se non come mezzo per procurare la somma di danaro al ricevente, si ha un mutuo; se per contro lo scopo principale è stato il trapasso della cosa e l'accreditamento si è fatto per non costringere il ricevente a ricorrere ad altri per pagarla, si ha una vera e propria vendita ».

I testi qui trascritti si possono giustamente invocare per ritenere che la dottrina ulpianea ond'è riconosciuta la formazione di mutuo per via della dazion di cosa da vendersi con facoltà per l'accipiente di trattenerne il prezzo ritratto sia prevalsa e la si debba ammettere anche nel diritto giustinianeo [2]. Infatti, nell'attual caso è lo stesso come se gli oggetti in discorso fossero venduti al consegnatario autorizzandolo a ritenere a titolo di mutuo il prezzo conseguito. — La quale analogia e prossimità, d'altronde, non va forzata, così da identificare e confondere due casi e negozî che pur sono distinti; il che fu fatto, ed anche da autori insigni come Jhering [3].

---

[1]) *Op. cit.* pagg. 186-187.

[2]) Cfr. pagg. 163-164.

[3]) Anche qui Fadda *Op. cit.* pag. 189 n. * avverte di non confondere. — Jhering la confusione la fa in un suo scritto speciale dove ha occasione di occuparsi particolarmente di uno dei nostri testi, la L. 25 C. cit. (*Oeuvres choisies*, trad. dal tedesco

99. — L. 9 § 8 D. h. t. 12. (Ulp. *26 ad ed.*): « Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem: Iulianus quoque de hoc interrogatus libro decimo scribit veram esse Aristonis sententiam nec dubitari, quin si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi adquiritur obligatio, cum cottidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro ».

Nella seconda parte di questo passo, dalle parole « nec dubitari » alla fine, noi vediamo costituirsi il mutuo per ciò che altri dia a nostro nome e col nostro consenso denaro del proprio patrimonio ad un terzo per causa di mutuo ([1]). — Conf. lett. *e*, a pag. 159.

Ciò vien confermato da varî altri testi; così: L. 126 § 2 D. *de V. O.* 45, 1 (Paul. *3 quaest.*) «... si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae adquireretur...»; L. 2 § 4 D. *de R. C.* 12. 1 (Paul. *28 ad ed.*) «..... si voluntate mea tu des pecuniam... mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint »; L. 15 D. h. t. (Ulp. *31 ad ed.*) «... si tibi debitorem meum iussero dare

di Meulenaere, Paris 1893, vol. 1 pag. 209 e segg.). Contro la comune interpretazione da noi pure seguita, onde si reputa appunto trattarsi in tal passo di mutuo fatto per via di dazion di cose stimate, Jhering muove varie obbiezioni; invece di « veste » si dovrebbe leggere *recte* ed intendere altrimenti. Se non che le obbiezioni suddette non hanno saldo fondamento; e ben lo dimostra anche da ultimo Fadda *Op. cit.* pag. 188 e segg., confermando la comune interpretazione.

[1]) È da ritenersi che tale negozio seguisse specialmente per via di un *argentarius* in relazione d'affari col mutuante.

pecuniam obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis....» (1); L. 3 [2] pr. C. *per quas personas* 4. 27 (Iustinian.) « cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, adquiritur ei cuius nomine pecunia credita est per huiusmodi numerationem condictio...». Ed è singolare — fossero (come si vede, L. 126 § 2 D. cit., e cfr. lett. *e* indicata) i denari anche nostri invece — che il mutuo sia direttamente costituito a nostro favore; mentre si sa che la rappresentanza diretta era per principio esclusa dal diritto romano (2).

Ma la prima parte del testo, fino alle parole « veram esse Aristonis sententiam », sembra costituire una più grave singolarità, dicendo essa positivamente che la *condictio* si acquista da colui a nome del quale taluno dà denaro proprio a mutuo, anche quando ciò si faccia ad insaputa di quello e pertanto senza il suo consenso. — La maggior parte degli autori si acqueta tuttavia, ammettendo appunto, in base alla suddetta prima parte del passo in esame, che si formi il contratto di mutuo per colui in nome del quale il denaro fu dato, ancorchè egli non abbia a ciò consentito; così per es. Windscheid (3). Ma altri autori, rilevando l'enormità teorica e pratica cui si arriva, di un contratto senza reciproco consenso

---

1) Cfr. pag. 161. Come si vede, qui rientra anche il caso della lett. *a* a pag. 159. Adde la L. 34 pr. D. *mandati* 17. 1 ivi trascritta (pagg. 159-160).

2) Si ha qui occasione di ricordare uno scritto recente di Gérardin *De la représentation dans le mutuum* nella *Nouv. Revue histor. de droit franc. et étr.* a. 24 [1900] pag. 26 e segg.

3) *Diritto delle Pand.* cit. a pag. 97 n. 1, vol. 2 p. 1 pagg. 215-217 e p. 2 pag. 33.

(mentre poi la necessità di questo è anche pel nostro contratto di mutuo particolarmente dichiarata dalle fonti [1]) si sforzano in varia guisa per rendere ortodosso, a così dire, il testo in questione. Senonchè, tali sforzi di conciliazione e adattamento rimangono vani [2]. — È una via diversa dalla via delle conciliazioni e degli adattamenti quella che dobbiamo prendere per vincere la difficoltà. Esaminando tutto il testo, apparisce chiara l'opera dei compilatori, essendovi contrasto tra soluzione e motivazione della medesima; chè la volontà del futuro mutuante, esclusa nella soluzione, si presenta invece ripetutamente nella motivazione. Ora, Pernice [3] crede che appunto tale motivazione, costituente la seconda parte del frammento da « nec dubitari » in poi, sia un rimaneggiamento dei compilatori; rilevando il *quin* coll'indicativo, il modo di dire esagerato *capita tutti i giorni* (« cottidie, ecc. ») che sempre è sospetto nel Digesto, il « creditor » che non va [4].

---

[1]) Vedi specialmente L. 32 D. h. t. dove si dice che il *credere pecuniam* « nisi inter consentientes fieri non potest ».

[2]) Si è ricorso anche a mezzi radicali; così Brinz (*Lehrbuch der Pandekten* [Trattato delle Pand.] 2-3 ed. Erlangen u. Leipzig 1873-92 vol. 2 pag. 476 n. 11) sostituisce a « velut tuos » le parole *voluntate tua sed*. Siffatta proposta non è suffragata da alcun argomento ed anzi è ad essa decisamente contrario l'Indice del Digesto di Stefano.

[3]) *Marcus Antistius Labeo* vol. 3 p. 1, Halle 1892, pagg. 222 e 223 n. 4.

[4]) Mitteis da ultimo (*Op. cit.* a pag. 128 n. 3, pagg. 237-238; nell'estratto pagg. 41-42) cerca di giustificare in nuovo modo quella parola, e precisamente con ciò, che il terzo, dando il denaro a mutuo per altri, ne fa annotazione nei suoi registri come *creditore*, sebbene in nome altrui. Io non contesto il fatto

Ciò conduce a far ritenere che Aristone, cui Giuliano aderisce, desse effettivamente una *condictio* a colui per conto del quale, ancorchè senza il suo consenso, il denaro era stato dato; ma, badiamo bene, non la *condictio* derivante dal contratto di mutuo, bensì la *condictio* primitiva *ex iniusta causa*, che sorgeva dal puro elemento materiale, dalla *res*, all'infuori di qualunque idea di contratto [1]. In tal guisa, il rapporto, la soluzione diventa semplice e spiegabile. Infatti, chi ha ricevuto il denaro non deve certo tenerselo; chi propriamente vi avrebbe diritto ha rinunziato alla restituzione, visto il modo come lo ha dato; in tali circostanze appare equo e conveniente concedere l'azione a colui in favore del quale simile rinunzia è avvenuta [2].

100. — Nei casi di formazione di mutuo che ora abbiamo finito di esaminare (cfr. pagina 159 lett. *a-e*) non si può dire leso od abbandonato il principio che il mutuo esige trapasso di proprietà. Vediamo solo riconosciuto sufficiente — sotto l'impulso delle necessità pratiche ed in base ai principî larghi stabilitisi in materia di tradizione e di rappresentanza nell'acquisto per tradizione — un trapasso indiretto del dominio; mentre in origine si richiedeva che « nummi qui mei erant tui

---

di tale annotazione; ma che quella semplice parola *creditor* lo indichi, non riesco ad ammetterlo.

[1]) Cfr. pagg. 151-152.

[2]) A tal punto possiamo osservare che il rilevato rimaneggiamento dei compilatori, nella seconda parte del frammento, se non è difforme nella sostanza dal diritto classico (come risulta dai testi citati a pagg. 167-168), è però appiccicato malamente a cosa diversa.

fiant » per esprimerci colle fonti [1], ossia che la proprietà venisse direttamente trasferita dal mutuante al mutuatario.

Ma si andò più oltre, e si finì per ammettere la formazione del mutuo anche in casi in cui non havvi assolutamente trapasso di dominio.

Così vediamo specialmente che mutuo si forma anche quando il mutuante deleghi un suo credito al mutuatario, il quale, invece di ricevere la somma, non essendo ancora il credito scaduto, se la fa promettere dal debitore.

In questo caso non si può più dire che vi sia trasmissione di proprietà, poichè il denaro non viene consegnato, bensì semplicemente promesso. Tuttavia, per testimonianza delle fonti che ci sembra impossibile di escludere od in altra guisa interpretare, convien riconoscere che vi ha mutuo nel caso suddetto; e proprio a partire dalla promessa del debitore, non soltanto dopo il pagamento che questi faccia.

Ecco il testo principale:

L. 32 D. h. t. (Celsus *5 digest.*) [2]: « Si me et Titium mutuam pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri

---

[1]) L. 34 pr. D. *mandati* 17. 1 cit. a pagg. 159-160.

[2]) *6 digest.* Cfr. Lenel *Palingen. iurispr. civ.* vol. 1 col. 134 n. 2.

non potest): sed quia pecunia mea [1] ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est » [2].

In questo passo a noi non interessa il diritto di ripetizione in base all'indebito arricchimento affermato dal giureconsulto risolvendo il caso [3]. C'importa invece di rilevare che la validità del mutuo viene esclusa soltanto in causa dell'errore occorso relativamente alla persona del mutuante; sicchè senza tale errore il mutuo si sarebbe pur formato nella descritta fattispecie. Ma in questa evidentemente non havvi punto traslazione di proprietà; il mutuatario acquista soltanto un diritto di credito. Supporre che mutuo sarebbe sorto solo dopo che il debitore avesse pagato la somma promessa, come in genere si fa, è assolutamente arbitrario [4].

101. — A guisa di conclusione possiamo dire, che se nelle fonti fino all'ultimo ripetutamente e decisamente si afferma il principio che il mutuo richiede trasferimento di proprietà, d'altra parte bisogna riconoscere

---

[1]) quae *ins.*

[2]) Per questa dichiarazione o massima finale, a tale legge furono tributati i maggiori elogi dai vecchi commentatori. Legge nobile, fu detta; od anche legge aurea o da scriversi con lettere d'oro (p. es. Baldo); persino *lex divina.*

Da ultimo la genuinità di questo passo, a partire da « non quia », fu messa in dubbio da Perozzi *Op. cit.* a pag. 20 n. 1, pag. 102 nota.

[3]) Si è discusso sulla natura di tal diritto di ripetizione; e nell'idea che sia qualche cosa di particolare alcuni scrittori hanno creata la denominazione speciale di *condictio Iuventiana,* dal nome del giureconsulto P. Iuventius Celsus autore del passo che quel diritto ammette e riconosce.

[4]) Per altri testi vedi Girard *Manuel* pag. 509 n. 1 ed ivi rinvii.

che questo principio, assoluto in origine, non fu mantenuto con tanto rigore nel corso del periodo classico. E se da esso non si decampa ancora nei casi più addietro descritti [1] di trapasso indiretto della proprietà, che pur rappresentano uno sviluppo — non può negarsi che il principio esula affatto nel caso visto da ultimo [2], in cui mutuo pur si forma coll'acquisto di un diritto di credito anzichè di un diritto di proprietà [3].

102. — *2*) Altro requisito del mutuo è, che si dia una somma di denaro od una quantità di altre cose fungibili (vino, olio, frumento, ecc.); onde quella potrà restituirsi nel suo valore e di queste sarà possibile la restituzione *in genere*.

Vedi Gai. 3. 90 trascritto a pagina 127 ed i testi ivi richiamati; dei quali trascriviamo ora la L. 2 pr. e §§ 1 e 3 D. h. t. 12. 1 (Paul. *28 ad ed.*):

---

[1]) nr. 93 e segg., pag. 134 e segg.

[2]) pagg. 171-172.

[3]) Havvi chi di ciò vuol tener conto già nella definizione; tale Salkowski *Institutionen* 8ª ed. Leipzig 1902 pag. 369 « Uebertragung in das Eigenthum oder überhaupt Vermögen » [trapasso nella proprietà od in genere nel patrimonio]. Analogamente Girard *Manuel* pag. 506 e segg., che può riscontrarsi per quanto abbiamo detto, parla, non però addirittura nella definizione, di « mise d'une valeur dans le patrimoine de l'emprunteur » (p. 509). Nello sviluppo descritto (nr. 93 e segg., pag. 158 e segg.) deve aver avuto certo influenza, come rileva anche Girard cit., l'istituzione degli *argentarii*, divenuti sempre più gli intermediarî negli affari di denaro; al qual proposito si richiama lo scritto di Mitteis *Trapezitika* più volte citato.

Ancora pel detto sviluppo va ricordato, sebbene in alcuni punti antiquato ed incompleto, lo studio speciale, facile e chiaro, di Pellat nei suoi *Textes choisis des Pandectes* 2ª ed. Paris 1866 nr. 7 pag. 85 e segg.

« Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum. — Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest. — Creditum ergo a mutuo differt qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quae pondere numero mensura continentur sic, ut si eandem rem recepturi sumus, creditum est... » (1).

103. — *3*) Il denaro o le altre cose fungibili devono darsi affinchè il mutuatario se ne serva.

Numerose e frequenti sono le testimonianze in proposito. Vedi per esempio la L. 11 pr. D. h. t. trascritta a pag. 163 (2); LL. 9 § 9 e 10 D. h. t.; L. 2 D. *de calumn.* 3. 6 trascritta a pag. 150 n. 2 (3).

---

1) Per la voce *creditum* vedi pag. 150 n. 1. — Per tutto il testo cfr. Ulp. Instit. fragm. 2 [3] 1: « ... *non eadem corpora* reddis, quae accepisti, sed aliam pecuniam eiusdem quantitatis. Mutuae autem dari possunt res non aliae quam quae pondere numero mensura continentur »; in Girard *Textes* pag. 467. Cfr. anche § 33*d* I. *de action.* 4. 6.

2) Aggiungi le due LL. 4 pr. i. f. e 19 pr. chiamate a confronto, ivi, pag. 164 n. 1.

3) Negli autori non giuristi p. es. Cicero *pro Quinct.* 13. 43 « Pecunia mea tot annos utitur P. Quinctius. Utatur sane; non peto » ed in Plauto troviamo adoperate pel nostro contratto anche le espressioni *utendum dare* e *commodare* (così *Pers.* 1. 3. 37-38 e *Asin.* 3. 3. 135).

In ciò sta l'elemento differenziale del mutuo in confronto del *deposito irregolare*; nel quale parimenti si dà una somma di denaro od una quantità di altre cose fungibili coll'obbligo della restituzione *in genere*, ma pur tuttavia avendo in mira la custodia; come vedremo meglio trattando del deposito anzidetto.

Il mutuante non è tenuto ad indagare quale uso intenda fare il mutuatario dell'oggetto che riceve; se cioè ne userà presumibilmente in modo assennato ed utile, od invece per soddisfare alla passione dello spreco ed a stimoli immorali. Ma se il negozio è evidentemente rivolto a scopo illecito (per es. serve a far avere la *messa* per un gioco proibito) esso è nullo come contrario ai *boni mores* (1).

104. — *4*) Infine, affinchè vi sia mutuo, occorre l'accordo che sarà restituita la somma o quantità ricevuta. Ond'è richiesto naturalmente che il mutuatario sia capace di assumere obbligazioni.

Vedi i testi, trascritti e richiamati, del nr. *2*) ed il passo di Varrone riprodotto a pag. 154 n. 3. Aggiungi L. 3 § 1 e L. 58 [59] D. *de oblig. et action.* 44. 7 (Paul. *2 instit.*; Licinius Rufinus *8 regul.*):

« Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur (2). itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quam-

---

1) L. 12 § 11 D. *mandati* 17. 1; L. 24 § 4 D. *de minorib.* 4. 4.

2) Cfr. L. 80 D. *de solution.* 46. 3 (Pompon. *4 ad Q. Muc.*): « ..... cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tandundem solvi debeat ... ».

quam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est ».

« Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturali obligatur » (1).

L'accordo suddetto è già implicito nella generale convenzione di dare e rispettivamente ricevere a mutuo. — Spesso però, facendo il negozio, si conclude una *stipulatio* per la restituzione; nel qual caso il negozio tutto vale non come mutuo ma come stipulazione: « quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum » (2).

---

1) Cfr. L. 13 § 1 D. *de condictione indeb.* 12. 6 e Gai. 3. 91. — La L. 58 [59] cit. è uno dei due testi famosi (l'altro è la L. 41 D. *de cond. indeb.* 12. 6, Neratius *6 membr.*) contrarî all'*obligatio naturalis* del pupillo. Noi qui non ci addentriamo, naturalmente, nella grave questione, che vien trattata nella *Parte Generale* delle *Obbligazioni*, esponendosi la dottrina delle *Obbligazioni naturali*. Diremo soltanto, per cagion di più fresca notizia, che da ultimo si è occupato della questione il prof. Di Marzo nel *Circolo Giuridico* vol. 32 [a. 1901] pag. 353 e segg. L'egregio romanista dimostra che i due testi sono interpolati (pel primo vedi anche la sgrammaticatura « quod — repetitio est »); ancorchè, come soggiunge, non si riesca a cogliere e determinare bene gli intendimenti dei compilatori. Dal punto di vista del diritto pratico giustinianeo il miglior modo di appianare l'antinomia consiste nel distinguere, come si fa, tra impuberi prossimi alla pubertà ed impuberi prossimi alla infanzia; sebbene i testi, per verità, a ciò non accennino (cfr. Bonfante *Istit.* cit., pagg. 339-340).

2) L. 126 § 2 D. *de V. O.* 45. 1 (Paul. *3 quaest.*) Vedi anche: L. 40 D. *de R. C.* 12. 1; L. 6 § 1 e L. 7 D. *de novation.* 46. 2; L. 2 C. *si certum pet.* 4. 2; oltre i documenti di *mutui dationes* che abbiamo nei trittici di Transilvania (in Bruns *Fontes* p. 1 pagg. 311-312 e Girard *Textes* pagg. 803-804). Arg. poi anche L. 56 § 2 D. *de fideiussor.* 46. 1, per ciò che la mancanza della *stipulatio* viene specialmente indicata.

105. — Avendo finito con ciò di esporre i requisiti speciali del mutuo, è superfluo aggiungere che il mutuo stesso presuppone inoltre il concorso dei requisiti generali richiesti per la formazione di un valido contratto.

E così specialmente, in riguardo al requisito del consenso (1), se le parti non sono d'accordo sulla natura dell'operazione, cioè di costituire un mutuo, ritenendo per es. l'una di donare e l'altra di ricevere a mutuo, non c'è nè donazione, nè mutuo. Si può dubitare se siavi trapasso di proprietà; ma ciò è indipendente dal negozio obbligatorio, che, ripetiamo, non può formarsi per difetto di concorde consenso sulla specie del medesimo (*error in negotio*) (2).

L. 18 D. h. t. 12. 1 (Ulp. *7 disputat.*): « Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit..... — § 1. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est: idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi... » (3).

---

1) Cfr. la cit. L. 32 D. h. t. « ... non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest)... ».

2) Ricordiamo comparativamente che prima nella cit. L. 32 D. h. t., abbiamo visto (pag. 172) ostacolata la formazione del mutuo da un errore relativo invece alla persona dell'altro contraente; si crede di ricevere a mutuo da *A*, mentre si riceve da *B*.

3) Per la questione accennata del trapasso di proprietà, va confrontata tutta questa L. 18 colla L. 36 D. *de adquir. rer. domin.* 41. 1 (Iulian. *13 digest.*). Famosa questione esegetica! Viene svolta nel trattato del diritto di proprietà (precisamente

106. — Quanto alle modalità che possono unirsi al mutuo, abbiamo da dire che esso comporta normalmente un termine (1), il quale può essere espresso od anche tacito; come quando si ricevono degli interessi per una data epoca futura (2). È suscettivo anche di una condizione (3), dell'indicazione di un luogo di pagamento (4), e simili.

107. — EFFETTI. Il mutuo fa nascere a vantaggio del mutuante contro il mutuatario un credito, avente per

---

nel punto dell'acquisto della proprietà mediante tradizione) cui rimandiamo.

1) Cfr. Seneca *de benef.* 3. 10 « Dies praeterea beneficio reddendo non dicitur, sicut pecuniae creditae ... » e 4. 39.

2) L. 57 pr. D. *de pactis* 2. 14, L. 2 § 6 D. *de doli mali exc.* 44. 4.

3) L. 7 D. h. t. (Ulp. 26 *ad edictum*): « Omnia quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae, et ideo et condiciones ». Un esempio nelle LL. 10 D. h. t. e 1 § 34 D. *depositi* 16. 3: è depositata una somma di denaro con facoltà pel depositario di servirsene ove lo voglia, con che il deposito si convertirebbe in mutuo verificandosi la condizione a questo apposta. Un caso analogo nella L. 4 pr. D. h. t. 12. 2. E condizioni troviamo ancora nel *mutuo marittimo* e *quasi marittimo*, costituenti un caso particolare di mutuo, che vedremo in seguito.

4) Come p. es. nella L. 122 pr. D. *de verb. oblig.* 45. 1; e cfr. L. 22 D. *de R. C.* 12. 1. Può aversi pertanto *plus petitio loco*: § 33*c* I. *de action.* 4. 6 « ... alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. quae utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur, veluti vino oleo frumento, quae per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniae numeratae non in omnibus regionibus sub isdem usuris foenerantur... »; con cui confronta, per il contenuto ed in parte anche per la forma, L. 3 D. *de eo quod certo loco* 13. 4 (Gai. 9 *ad ed. prov.*).

oggetto la medesima somma quando siasi dato denaro, un'eguale quantità di cose dello stesso genere e qualità quando siansi date altre cose fungibili. — Per ciò che ora abbiamo detto, distinguendo mutuo di denaro e mutuo di altre cose fungibili, si vede che l'obbligazione derivante dal mutuo di denaro è della *somma* e non di altrettante monete di quella tal specie, salvo convenzione particolare in quest'ultimo senso. Sicchè, dove avvenga aumento o diminuzione nel valore della specie di monete date a mutuo, il mutuante ne godrà il vantaggio o subirà lo svantaggio, poichè egli ha il diritto e rispettivamente è obbligato di restituire quella *somma*, in una specie qualsiasi di moneta avente corso al tempo del pagamento.

Il rischio delle cose mutuate è a carico del mutuatario. Questi, infatti, è debitore non delle stesse cose che ha ricevuto, ma della somma o del *tantundem*, è debitore non di *specie*, ma di *genere*; e *genus non perit*.

Quanto al tempo della restituzione, d'ordinario un termine, conforme alla stessa natura e ragionevolezza delle cose, è stabilito, espressamente o tacitamente [1]. Che se non venne fissato nè può arguirsi, il mutuatario è tenuto a restituire non appena il mutuante lo chieda, secondo i principî generali, coi relativi temperamenti.

108. — Intorno alle cose ora dette veggansi, oltre la L. 2 pr. trascritta a pagg. 173-174, i seguenti testi:

L. 3 D. h. t. (Pompon. *27 ad Sab.*): « Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aeque bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem,

[1]) Cfr. pag. 178.

quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit ».

§ 2 I. *quib. modis re* 3. 14 [15]: «... is... qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet... » [1].

L. 57 pr. D. *de pactis* 2. 14 (Florentin. *8 instit.*): « Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus sortem petat ».

109. — Il mutuatario, che pel contratto in sè è tenuto a restituire quanto ha ricevuto (nella somma o nel *tantundem*), potrebbe naturalmente liberarsi dall'obbligo suo di restituzione dando meno quando il creditore gli avesse ciò concesso, o all'atto stesso di conclusione del negozio — che in tal caso sarebbe un negozio misto: mutuo fino a concorrenza di quanto deve restituirsi e donazione per il resto — od anche posteriormente.

Potrebbe, viceversa, essere tenuto il mutuatario a dare più di quanto abbia ricevuto, per ritardo nella restituzione o per clausola aggiunta al negozio stabilente un certo interesse?

A ciò dobbiamo rispondere che per applicazione stretta e rigorosa del principio che l'obbligazione nasce *re* — onde non possa avere un'estensione superiore a quella della prestazione che ne è la causa (*quatenus datum*

---

[1]) Cfr. L. 1 § 4 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aur.*). Adde L. 9 § 9 D. *de R. C.* 12. 1 (Ulp. *26 ad ed.*) « ... transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit... ».

*sit*) — qui non vi ha luogo ad interessi moratorî, nè in massima havvi azione per pretendere il pagamento degli interessi stabiliti per via di semplice patto aggiunto al contratto.

Quanto agli interessi moratorî, basti dire ancora, che un compenso all'esclusione dei medesimi si aveva pel diritto classico nella *sponsio tertiae partis*, propria dell'*actio certae creditae pecuniae* (1), l'azione che sanzionava i mutui di denaro. — Quanto agli interessi convenzionali, conviene precisare e completare. Solo in alcuni casi è stato riconosciuto potersi costituire l'obbligazione civile degli interessi in base al semplice patto aggiunto al mutuo (*pactum de usuris praestandis*); e sono i casi di mutuo dato dal fisco o da città, di *foenus nauticum* e *quasi-nauticum* (2), di mutuo di derrate alimentari, ed ancora, nel diritto più recente, i casi di mutuo contratto dai banchieri. All'infuori di questi varî casi, il patto di interessi unito al mutuo non produce che un'obbligazione naturale, escludente la *repetitio* degli interessi soluti; perchè vi sia obbligazione civile di pagamento degli interessi, occorre una speciale stipulazione (*stipulatio usurarum*), cioè un negozio separato e distinto, formalmente a sè, indipendente.

L. 11 § 1 D. h. t. 12. 1 (Ulp. 26 *ad ed.*): « Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere quam novem. sed si dedero, ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse ».

---

1) Gai. 4. 171.

2) Caso particolare di mutuo, di cui più avanti ci occuperemo.

L. 17 pr. D. *de pactis* 2. 14 (Paul. *3 ad ed.*): « Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem : re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit ».

L. 24 pr. D. *de praescr. verbis* 19. 5 (Afric. *8 quaest.*) : «..... respondit (*Iulianus*) pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi.... ».

L. 30 D. *de usuris* 22. 1 (Paul. *singul. regul.*): « Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum ».

L. 7 D. *de naut. foen.* 22. 2 (Idem *3 ad ed.*): « In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere » (1).

L. 11 [12] C. *de usuris* 4. 32 (Alex.): « Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto praestanda est ».

L. 23 C. h. t. 4. 32 (Diocl. et Max.): « Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis incerti pretii ratio additamenta usurarum eiusdem materiae suasit admitti » (2).

Nov. 136 c. 4 (trad. lat.): « ... sancimus, ut non solum ex stipulatione usurae iis (argentariae mensae praepositis), sed etiam ex non scriptis (sc. stipulationis) tales

---

1) Alcuni a principio dopo « etiam » aggiungono le parole *ex pacto* ; ma non è necessario. — Pel *foenus quasi nauticum* vedi L. 5 § 1 D. h. t. 22. 2.

2) Critica il ragionamento di questa legge ed afferma la conclusione determinata piuttosto dall'influenza del diritto peregrino Cuq *Instit. jurid.* vol. 2 pagg. 386-387; e vedi Kniep ivi cit.

praestentur quales lex ipsis stipulari concedit, hoc est usque ad bessem centesimae...».

L. 3 C. h. t. 4. 32 (Sever. et Antonin.): « Quamvis usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae neque ut indebitae repetuntur neque in sortem accepto ferendae sunt » (1).

La necessità della *stipulatio* per gli interessi faceva sì che molto frequentemente il mutuo stesso, ossia il contratto relativo al capitale, venisse incorporato in una stipulazione che comprendeva ad un tempo capitale e interessi (*stipulatio sortis et usurarum*): per es. « denarios centum quadraginta sortis et eorum usuras ex ea die singulas centesimas... id utrumque probos recte dari fide rogavit Anduenna Batonis, dari fide sua promisit Iulius Alexander...». Ne abbiamo diversi esempî nelle collezioni giuridiche (2) ed anche all'infuori di queste (3).

110. — Avendo parlato qui degli interessi, conviene

---

1) Adde LL. 4, 7 e 22 C. h. t.; e cfr. L. 5 § 2 D. *de solution.* 46. 3 (Ulp. *43 ad Sab.*): « ...quaedam earum (usurarum) ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur ..... ex pacti conventione datae (usurae) repeti non possunt ... » e L. 11 § 3 D. *de pignerat. act.* 13. 7.

2) Così L. 126 § 2 D. *de verb. oblig.* 45. 1, L. 40 D. *de reb. cred.* 12. 1, L. 41 § 2 D. *de usuris* 22. 1.

3) Nei trittici di Transilvania in Bruns *Fontes* p. 1 pagg. 311-312 e Girard *Textes* pagg. 803-804; di uno di questi è il virgolato del testo.

Ricordiamo anche per tale funzione od applicazione della *stipulatio* lo svolgimento rispetto ad essa avvenuto, onde da ultimo prevalse in pratica la forma scritta, il documento (cfr. pag. 66 e segg.); come si vede anche negli esempî citati.

ora dire dell'intervento del legislatore nel regolare i medesimi.

Che se interessi possono aversi non soltanto nel mutuo ma in tutti i crediti di denaro od altre cose fungibili, è vero, d'altra parte, che il caso più frequente di obbligazione degli interessi si ha nel mutuo e le limitazioni legali degli interessi furono stabilite specialmente pel medesimo. Sembra quindi giustificato dirne qui; ancorchè nei trattati generali si preferisca per lo più esporre siffatta materia o nella *Parte generale* del sistema o nella *Parte generale* del *Diritto delle obbligazioni.*

Il legislatore interviene per limitare il tasso degli interessi (*modus usurarum*) e per restringere il cumulo possibile dei medesimi [1].

III. — *A. Tasso degli interessi.* A differenza del locatore di cose, il quale è pienamente libero nel fissare la misura del compenso per l'uso che concede, il mu-

---

[1]) Dà copiose indicazioni sulla materia la recente monografia di Billeter *Gesch. d. Zinsfusses im griech.-röm. Altertum bis auf Justinian* [Storia del tasso dell'interesse nell'antichità greco-romana fino a Giustiniano] Leipzig 1898. È un lavoro molto studiato, notevole per la grande erudizione, per l'accurata analisi, per la solidità del ragionamento; l'A. dimostra ampia competenza così nelle discipline giuridiche e storiche come nelle scienze economiche. La critica concorde ha espresso elogio. — Buono, come sempre, Marquardt *De l'organisation financière chez les Romains* (trad. dal tedesco, di Vigié) Paris 1888 pag. 71 e segg. Altrettanto dicasi per la voce *foenus* nel *Dictionn.* di Daremberg e Saglio cit., vol. 2 p. 2 pag. 1223 e segg. (di Baudry). — Rinunciamo ad indicare molti altri scritti; solo rammentando il breve scritto italiano recente di F. P. Garofalo *Sul fenus* nell'*Arch. Giuridico* vol. 66 [a. 1901] pag. 157 e segg.

tuatario non può determinare a suo pieno talento la misura del corrispettivo dell'uso che, in sostanza, egli pure concede [1]. In coloro i quali prendono del denaro a prestito i Romani scorgono d'ordinario gente in angustie, costretta dal bisogno, e disposta per ciò ad accettare condizioni troppo gravose [2]; onde si vuol difenderli, fissando un *maximum*. — Questo massimo (*usurae legitimae, maximae, gravissimae*) non fu sempre quello stesso; si è mutato invece attraverso i tempi.

Per la legge delle 12 Tavole, in seguito alle lunghe lotte colla plebe esasperata dalla gravità delle *usurae*, il *maximum* di queste viene fissato nell'*unciarium foenus*, cioè annualmente $^1/_{12}$ del capitale pari al 8 $^1/_3$ % [3]. — Questo limite, confermato da una posteriore *lex Duilia Moenia*, del 397, fu invece ridotto alla metà (*semiun-*

---

[1]) È naturale confrontare qui locazion di cose e mutuo fruttifero. Si può dire che quest'ultimo sia in certa guisa una locazione, coll'obbligo di restituire *in genere* anzichè *in specie*; e nei poeti noi troviamo le espressioni *pecuniam locare, pecuniam conducere* (Plaut. *Mostell.* 3. 1. 4; Horat. *Satyr.* 1. 2. 9; Iuven. *Satyr.* 11. 46). Però, si sa, nella rispettiva essenza e dottrina giuridica i due negozî sono rimasti indipendenti.

[2]) Che questo pericolo si verificasse in realtà non vi è bisogno di dichiararlo. Se ne può avere ampio saggio ad esempio in Plauto; vedi Costa loc. cit. a pag. 152 n. 2; ed abbiamo qui occasione di ricordare lo scritto del compianto professore di questo Ateneo S. Cognetti de Martiis *Banca, banchieri e usurai nelle commedie di Plauto* nel *Giornale degli Economisti* 1891 II pag. 286 e segg. e 1892 II pag. 539 e segg.

[3]) Anno di 12 mesi, come si vede, e non anno primitivo di 10 mesi (onde la misura sarebbe del 10 % pei 12 mesi) come qualcuno ha voluto. Questo preteso primitivo anno di 10 mesi è una creazione della pseudo-storia romana.

*ciarium foenus*) da una legge successiva, del 407, della quale il nome non ci fu conservato. — Una *lex Genucia,* del 412, proibiva in via assoluta l'interesse, con tentativo radicale rinnovato in altri tempi, come si sa, dal diritto canonico (1); ma questa legge cadde in desuetudine (2). — Verso la fine della Repubblica si cominciò a calcolare l'interesse a mese, non più ad anno (3),

---

1) Tit. X *de usuris* 5. 19; in 6to. 5. 5; Clem. 5. 5. *Mutuum date nihil inde sperantes;* è collegandosi a questa prescrizione biblica che la legislazione ecclesiastica proibisce l'interesse. Per questo si ricorda il *Corso* del prof. Nani, cit. a pag. 71 n. 4, e ad esso si rinvia, pag. 492 e segg.

2) Per tutto questo svolgimento, dalla legislazione decemvirale, vedi Livio: 7. 16. 1; 7. 27. 3; 7. 42. 1. Aggiungi Tacit. *Ann.* 6. 16 (22) « ... primo duodecim tabulis sanctum, ne quis unciario foenore amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur; dein rogatione tribunicia ad semiuncias redactum, postremo vetita usura ... »; e per la discussa *lex Genucia* anche Appian. *de bell. civ.* 1. 54. Va ricordata poi la *lex Marcia* per la sanzione contro le *usurae* eccessive; sulla quale ci informa Gaio, 4. 23: « ... lex Marcia adversus foeneratores, ut si usuras exegissent, de his reddendis per manus iniectionem cum eis ageretur ». — Havvi da dubitare, per notizie a noi giunte circa lo svolgimento a Roma del sistema monetario, se la tradizione non abbia anticipato il tempo delle indicate leggi limitatrici dell'interesse, riportandole all'età del mutuo solenne ossia del *nexum,* mentre esse, almeno per la maggior parte, sieno da riferirsi al *mutuum* non formale, riconosciuto giuridicamente, pare intorno al quinto secolo, secondo che abbiamo detto (v. pag. 152). Per questo cfr. e vedi deciso Costa *Corso* vol. 2 pag. 260 nota. — Non è persuasivo Garofalo *Op. cit.* a pag. 184 n. 1 negando addirittura l'esistenza della *lex Genucia,* immaginata, a suo avviso, dalla tradizione (Contrario a tal tesi è anche Costa loc. cit.).

3) Calcolare l'interesse per anno era conforme alle consuetudini ed all'indole di un popolo agricoltore. Collo sviluppo notevole dei capitali e delle speculazioni era naturale che si

e sulla base dei $^0/_0$ di capitale; con un *maximum* del 1 $^0/_0$ *pro mense*, pari al 12 $^0/_0$ *pro anno* (1).

L'interesse in questa misura prende nome di *usurae centesimae* o *calendariae*; quest'ultima espressione, dalla scadenza ordinaria al primo di ciascun mese; il che dà pure ragione del nome di *calendarium* o *liber calendarii*, dato al libro contenente l'indicazione dei crediti fruttiferi, e dell'altra espressione *actio calendarii*, che troviamo usata per designare l'azione diretta ad ottenere il pagamento degli interessi (2). L'anzidetto *maximum* si mantiene a lungo durante l'epoca imperiale, fino a Giustiniano (3); sebbene notevolmente superiore agli interessi correnti; chè abbondava il capitale, e non mancavano quindi offerte di denaro (4). Dobbiamo poi dire che tale *maximum* si applicava soltanto ai mutui nummarî, ed in questi stessi vi si sottraeva il *nauticum foenus* (5). — Giustiniano abbassa il *maximum* dell'interesse in generale al 6 $^0/_0$ l'anno (*usurae semisses* o *di-*

---

adottasse dai Romani, secondo gli usi commerciali dei Greci, il sistema del pagamento mensile delle *usurae* e relativo computo.

1) Cicer. *ad Attic.* 1. 12. 1 e 5. 21. 11.

2) Cfr. i noti dizionarî delle fonti e di antichità ad voc.

3) Paul. 2. 14. 2 « Usurae supra centensimam solutae sortem minuunt, consumpta sorte repeti possunt ». Ed oggi leggiamo numerosi esempî dell'*usura centesima* nei papiri; vedi le indicazioni principali in Costa *Corso* vol. 2 pag. 261 nota.

4) Testi e particolari in proposito in Girard *Manuel* pag. 511 n. 7. Ciò non escludeva d'altronde, è naturale, gli interessi illeciti degli strozzini; fissati d'ordinario in un multiplo delle *centesimae usurae*, p. es. *binae centesimae, triplex usura*, ecc.

5) Paul. 2. 14. 3. Diremo più avanti, trattando di questa speciale figura giuridica, il perchè dell'eccezione.

*midia centesimae usurae*) (1); estensibile all'8 % (*usurae besses*) (2) trattandosi di mutuo fatto da commercianti o industriali; ridotto invece al 4 % (*usurae trientes*) (3) se fatto da *personae illustres*, ed a poco più del 4 % se assunto da agricoltori. Un *maximum* dell'interesse fu stabilito da Giustiniano anche pel *nauticum foenus*, prima illimitato come si disse, nella misura del 12 % e poi del 12 ½ % l'anno; e quanto ai mutui di derrate, pei quali Costantino aveva posto un primo limite del 50 % l'anno (4), Giustiniano abbassava tal limite al 12 % (5).

112. — *B. Accumularsi degli interessi.* Il debitore può essere oppresso non solo dal tasso elevato delle *usurae*, ma anche dell'accumularsi degli arretrati. Reagendo contro quest'altro inconveniente, il diritto romano fissa un limite di produttività di interessi pel capitale, e proibisce la trasformazione degli interessi accumulati in capitale generatore a sua volta di interessi (*anatocismus, usurarum usurae*) (6).

---

1) ½ % al mese. L'espressione « usurae *semisses* » si riferisce alla suddivisione dell'1 %, considerato come l'unità (*as*), in 12 parti: *semisses scil. centesimae usurae.* — Questa mutazione del *maximum* dell'interesse è causa di interpolazione nei testi classici: *usura centesima* vien mutato in *usura legitima.* Vedi p. es. L. 13 § 26 D. *de action. empti vend.* 19. 1 da confrontarsi con Vatic. fragm. 11.

2) *scil. centesimae usurae*: ⅔ dell'1 % al mese.

3) *scil. centesimae usurae*: ⅓ dell'1 % al mese.

4) L. 1 C. Theod. *de usuris* 2. 33.

5) Per tutto: L. 26 C. *de usuris* 4. 32; L. 3 C. *de usuris rei iudic.* 7. 54; L. 3 C. *de fiscal. usur.* 10. 8; Nov. 32; Nov. 34.

6) La parola *anatocismus*, derivata dal greco (ἀνατοκισμός, da ἀνά, sopra, e τόκος, interesse), è dei commentatori. Che se si è

Quanto al primo di questi due punti, il giure classico avea stabilito che quel capitale il quale avesse prodotto degli interessi insoddisfatti pari nell'ammontare complessivo al capitale stesso, cessasse di produrne dei nuovi; non dovessero cioè gli interessi arretrati salire *supra duplum* o *alterum tantum*; e ciò confermava il diritto posteriore (1). — Giustiniano nelle Novelle estende tale prescrizione anche agli interessi pagati; stabilisce cioè che il capitale diventi improduttivo quando gli interessi pur stati pagati ne abbiano raggiunto l'ammontare (2). Il che evidentemente non può giustificarsi.

Quanto al secondo punto, delle *usurae usurarum* o dell'*anatocismus* (*anniversarius, menstruus*) (3), la capitalizzazione degli interessi, incorporati nel capitale oppure costituiti in capitale separato (*anatocismus coniunctus* e *anatocismus disiunctus, separatus*), fu ammessa certo sino alla fine della Repubblica e forse anche più avanti. — Venne quindi proibita per gli interessi non ancora scaduti. — Giustiniano, pur qui non ragionevolmente, al-

---

citata per vario tempo la parte finale di una iscrizione contenente la detta parola, gli editori più recenti respingono giustamente tale parte finale come apocrifa (C. I. L. 10. 3334, Bruns *Fontes* p. 1 pagg. 361-362 e Girard *Textes* pag. 845); sicchè anche quest'unica testimonianza scompare.

1) L. 10 e L. 27 § 1 C. *de usuris* 4. 32. — Diodoro Siculo (1. 79) riferisce una legge egizia per la quale gli interessi non potevano andar oltre il capitale ricevuto. Forse sull'esempio di questa legge sorse la norma romana.

2) Nov. 121 c. 1 e 2, 138, 160.

3) Vedi la voce *Anatocismus* nella *Encyclopädie* di Pauly cit. a pag. 20 n. *, vol. 1 col. 2070-71 (di R. Leonhard) e ivi le indicazioni bibliografiche.

larga il divieto anche agli interessi già scaduti; ordinando che la somma di queste *usurae praeteriti temporis* debba restare improduttiva (1).

113. — Ora si domanda: Com'erano sancite le limitazioni in materia di *usurae*? — Le convenzioni contrarie (*foenus illicitum*, *usuraria pravitas*), aperte o mascherate (*in fraudem legis*), erano nulle in quanto contravvenissero ai divieti (2); sicchè corrispondentemente era precluso al creditore di poter agire. — Pel caso poi che *usurae* illecite fossero state già pagate, nell'età antica noi vediamo concesso al mutuatario il diritto a conseguire un multiplo di ciò che illegalmente avesse pagato (3); la quale disposizione si legge rinnovata parecchio tempo dopo, da Valentiniano, Teodosio

---

1) Vedi la L. 28 C. *de usuris* 4. 32, di Giustiniano, la quale accenna anche al diritto anteriore proibente le *usurae usurarum*. Pel diritto anteriore appunto, risalendo, è discusso Cic. *ad Att.* 5. 21. 11 e 13; nè è pienamente sicura nemmanco l'interpretazione di L. 26 § 1 D. *de condict. indeb.* 12. 6 e L. 27 D. *de re iudic.* 42. 1, nei quali testi l'anzidetto divieto si trova. Vedi anche L. 29 D. *de usuris* 22. 1, L. 20 C. *de causis ex quibus* 2. 11 [12] e L. 3 C. *de usuris rei iudic.* 7. 54.

2) LL. 9, 29, 44 D. *de usuris* 22. 1; L. 13 § 26 D. *de action. empti vend.* 19. 1; L. 26 § 4 e L. 27 C. *de usuris* 4. 32. — Nella L. 26 § 4 è proibito poi di prelevare interessi futuri sul capitale che si dà a mutuo, ed è statuito pel caso di contravvenzione che il capitale si intenderà diminuito di quanto sia stato dato in meno per la suddetta illecita ritenzione; in altri termini si considera e produce frutto soltanto ciò che realmente vien dato.

3) Catone, *de agri cultura* praef., parla del quadruplo; forse era un *duplum* che si estendeva al *quadruplum* per l'*infitiatio*, come congettura Girard *Manuel* pag. 512 n. 3. Si agiva per *manus iniectio pura* a tenore della *lex Marcia*, per cui qui a pag. 186 n. 2.

ed Arcadio nel 386 [1]. Ma nelle fonti del diritto classico e giustinianeo è stabilito soltanto che gli interessi illegalmente pagati debbano imputarsi nel capitale e per l'eventuale eccedenza sul medesimo restituirsi *in simplum* [2]. — Di più, l'usuraio incorre nell'infamia [3].

114. — Abbandoniamo ora questa materia degli interessi, e seguitiamo nella esposizione degli effetti del mutuo; dicendo delle azioni che da esso derivano.

*a*) L'azione con cui il mutuante fa valere il suo credito è la *condictio certae pecuniae* — *actio certae pecuniae creditae* nell'espressione tecnica, *condictio certi* o *actio si certum petetur* secondo le note interpolazioni [4] — quando sia oggetto del contratto una somma di denaro, ossia nel caso più frequente. È la *condictio triticaria*, originariamente *condictio certae rei* [5], quando trattisi di altre cose.

Vedi specialmente il pr. I. *quib. mod. re* 3. 14 [15], dove Giustiniano, riproducendo Gaio nella descrizione del contratto di mutuo, soggiunge « et ex eo contractu nascitur actio quae vocatur condictio »; e la L. 1 pr. D. *de condict. tritic.* 13. 3, trascritta a pag. 107.

Abbiamo già esposti i caratteri delle anzidette azioni parlando della *stipulatio* cui esse sono comuni; e perciò rimandiamo alla trattazione della *stipulatio* per tali caratteri, come già si è fatto in nota per le denominazioni [6].

---

[1]) L. 2 C. Theod. *de usuris* 2. 33.

[2]) L. 26 pr. D. *de condict. indeb.* 12. 6; L. 29 D. *de usuris* 22. 1; L. 18 e L. 26 § 4 C. *de usuris* 4. 32. Adde Paul. 2. 14. 2 trascritto a pag. 187 n. 3.

[3]) L. 20 C. *ex quibus caus.* 2. 11 [12].

[4-5-6]) Vedi pag. 106 e segg.

Nelle fonti — precisamente nella L. 5 C. *quibus non obic.* 7. 35 — si fa parola anche di un'*actio mutui*. Ma questa espressione si riferisce non alla forma, bensì al contenuto dell'azione.

*b)* Ed il mutuatario ha o può avere egli azione, e quale?

A ciò si risponde anzitutto, che il mutuo è un contratto assolutamente unilaterale. Quindi, nè necessaria e diretta nè eventuale ed indiretta deriva dal contratto di mutuo un'azione a favore del mutuatario. — D'altra parte si osserva e riconosce, in secondo luogo, che possano esservi casi di mutuo in cui il mutuatario ha pur un diritto e corrispondentemente il mutuante è obbligato; casi in cui un'*actio contraria* potrebbe concepirsi. Supponiamo ad esempio che il mutuante abbia dato imprudentemente o dolosamente dei generi guasti, onde al mutuatario è provenuto danno; tal danno deve certo venir risarcito. Ma simili casi in confronto del grande numero di contratti di mutuo sono rari. Perciò i Romani non li hanno contemplati nel sistema e nell'organismo dell'istituto; e l'obbligazione derivante dal mutuo, ripetiamo, è assolutamente unilaterale. Valgono in detti casi, non frequenti, i noti mezzi generali (*actio doli*, *actio legis Aquiliae*).

115. — Prova. Chi agisce per la restituzione di una somma o quantità che afferma data a mutuo deve naturalmente, in caso di contestazione, dar la prova di questo suo credito.

Ciò avverrà d'ordinario mediante *ricevuta* rilasciata dal debitore. — Ma qui è concessa a quest'ultimo l'impugnativa che detta *ricevuta* fu da lui rilasciata in attesa

della effettiva prestazione, la quale non è seguita; secondo le regole della *querella non numeratae pecuniae*, della quale abbiamo già parlato trattando della *stipulatio* (1). Si ricorda appunto, che là abbiamo detto come la *querella n. n. p.* sia stata ammessa anche in confronto di un chirografo semplice di mutuo; cioè di uno scritto che attestasse il ricevimento del mutuo senza la forma o clausola della *stipulatio*. Non ripeteremo ciò che circa la menzionata *querella* già abbiamo detto; ma faremo invece qualche aggiunta:

Il diritto di impugnativa vien meno per questo, che l'emittente dello scritto in seguito riconosca avvenuta realmente la *numeratio*. Siffatto riconoscimento può aver luogo anche tacitamente; così, per via di restituzione parziale o pagamento di interessi (2).

Giustiniano, se da un lato limitava a due anni il tempo durante il quale poter profittare della *querella* nelle varie sue forme ed introduceva la pena del doppio per chi se ne fosse servito in mala fede contro la verità, come già nell'altro punto abbiamo notato (3) — d'altra parte accresceva la portata e l'importanza del *mezzo* in discorso, collo stabilire che il limite di tempo non valesse contro il debitore minore d'età (4), e più ancora allargandone la sfera di applicazione. — Per questo

---

1) Pag. 93 e segg.

2) L. 4 C. *de non numer. pec.* 4. 30.

3) Pagg. 96-97 e 93-94. Ancora, Giustiniano statuisce nella Nov. 136 c. 5 che il mezzo di cui si tratta non possa opporsi ai banchieri.

4) L. 5 C. *in quibus causis* 2. 40 [41]. Cfr. L. 14 pr. i. f. C. h. t. 4. 30.

secondo punto, Giustiniano, probabilmente riferendosi ad una pratica esistente, estendeva anzitutto l'istituto nostro ai mutui di cose diverse dal denaro (1). Quindi lo allargava dai casi del mutuo ad altre situazioni giuridiche che gli erano sembrate consimili; e precisamente:

*a*) Al caso di rilasciata *quitanza*, ossia ricevuta scritta di un pagamento (*apocha*, *securitas*); concedendo che potesse impugnarsi durante 30 giorni, con un mezzo giuridico analogo alla *querella* (2).

*b*) Al caso di dichiarazione scritta di aver ricevuto la dote; ammettendo che potesse impugnarsi una volta sciolte le nozze, durante un anno dapprima (3), e quindi, pel diritto delle Novelle (4), durante un anno se il matrimonio avesse durato al più due anni, durante tre mesi se avesse durato più di due anni e meno di dieci, e non più in via assoluta quando il matrimonio fosse sussistito per dieci anni o più. Si parla particolarmente in tal caso di *exceptio non numeratae dotis* (5).

---

1) L. 14 cit., pr. e § 2.

2) L. 14 cit., §§ 1 e 2. — Quest'impugnativa non è ammessa però contro le quitanze rilasciate da pubbliche autorità: L. 14 § 1 cit. e L. 5 [4] C. *de apoch. publ.* 10. 22.

3) L. 3 C. *de dote cauta et non numerata* 5. 15. — Tale costituzione così comincia: « In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere... intra annum tantum continuum... ». Si ricorda che analogamente vien spiegato il mezzo in discorso nella prima sua applicazione al mutuo di denaro: pagg. 95-96.

4) Nov. 100.

5) Cfr. L. 14 cit. § 6 e la seguente L. 15. Gli autori: *exceptio dotis cautae sed non numeratae.*

L'istituto della *querella n. n. p.*, se può spiegarsi storicamente come abbiamo visto [1], in generale o per sè stesso, come si vuol dire, non merita approvazione. — Infatti, per tutelare il debitore contro una possibile ingiustizia esso espone il creditore al pericolo di un'eguale ingiustizia. Affinchè non possa un individuo disonesto costringere altri alla restituzione di un mutuo non ricevuto, si adotta un provvedimento che dà modo al debitore disonesto di sottrarre all'onesto creditore l'importo di un mutuo effettivamente ricevuto e che perciò deve esser reso. Ora, se per la condizione stessa delle cose non si può evitare assolutamente il pericolo di un'ingiustizia, è certo più equo che tal pericolo corra colui il quale non ha per sè alcun mezzo di prova, anzichè colui il quale di una prova a suo favore è pur munito [2].

---

[1]) Pagg. 95-96.

[2]) Cfr. specialmente Windscheid *Dir. delle Pand.* cit. a pag. 97 n. 1, vol. 2 p. 2 pag. 41, e dei nostri il compianto prof. Ronga nel suo libro delle *Instit.* cit. a pag. 97 n. 1, vol. 2 pag. 167 n. 1. Tuttavia l'*exceptio n. n. p.* si mantiene nel diritto italiano; ed anzi essendo divenuto di stile notarile che il debitore vi rinunciasse nell'istrumento, invalse la regola che l'*exceptio* potesse opporsi ciò null'ostante. La durata dell'efficacia ne fu d'altra parte in alcune leggi abbreviata, comparativamente a quella del diritto romano; così, p. es., quattro mesi pel *Constitutum legis* di Pisa. Cfr. il *Corso* di Nani cit. a pag. 71 n. 4, pag. 489. — Dell'istituto invece non rimane traccia nelle leggi moderne, quantunque non manchino anche oggi i casi di *ricevute* anticipate. L'ultima traccia di una deroga alle norme ordinarie circa la prova del mutuo si ha in Francia, nella legislazione speciale sugli Ebrei d'Alsazia: il decreto imperiale 17 marzo 1808 stabiliva dovere ogni creditore israelita provare la realtà dello sborso nonostante la confessione di debito contenuta nel chirografo.

## Casi speciali

116. — MUTUO MARITTIMO. * Questo contratto, detto nelle fonti *pecunia traiecticia* o *nautica* oppure *foenus nauticum*, era di notevole importanza. Formatosi in Grecia (*ναυτικὸν δάνεισμα*; *τόκος ναυτικός*; *ἔκδοσις*), dove aveva acquistato grande espansione nelle città commerciali e particolarmente in Atene (1), di là era passato a Roma; quando per questa, nei rapporti appunto col mondo greco ed orientale, si iniziava e svolgeva un nuovo largo movimento commerciale (2).

Consisteva nel mutuo di denaro da trasportarsi oltre il mare (da ciò le denominazioni) o in natura od in

---

* Dig., tit. *de nautico foenore* 22. 2; Cod., h. t. 4. 33.

Il presente istituto giuridico è stato oggetto di molti studî per opera di giuristi antichi e moderni; ed in alcuni punti si sono agitate lunghe controversie, di cui parte ancora oggi sussiste, con poca speranza, nello stato attuale delle fonti, di soddisfacente soluzione. — Noi ci limitiamo ad indicare Glück *Commentario alle Pandette* già cit., tradotto qui (lib. 22 tit. 2) dal prof. Mancaleoni, il quale ha aggiunto copiose note originali, che riunite costituirebbero quasi una speciale monografia, veramente pregevole. Ivi, a principio, il traduttore dà ampie indicazioni bibliografiche in continuazione a quelle dell'opera originale (fra le quali rileviamo Huschke *Op. cit.* a pag. 148 n. *, pag. 221 e segg.).

1) Per codesto negozio nel diritto greco vedi le indicazioni bibliografiche in Costa *Corso* vol. 2 pag. 285 n. 50; segnaliamo l'esposizione di Beauchet *Hist. du droit privé de la République Athén.* Paris 1897 vol. 4 pag. 272 e segg., ivi pure citato.

2) Come fosse usato nell'età di Cicerone lo vediamo nella L. 8 D. *de naut. foen.* 22. 2 dove Ulpiano cita Servio; successivamente per Labeone vedi LL. 2 e 9 D. h. t.

merci acquistate col medesimo, pattuendosi fra le parti che il mutuante avrebbe diritto alla restituzione solo in quanto la nave pervenisse salva col carico nel luogo di destinazione. Pertanto il mutuatario non era obbligato a restituire se per conseguenza di viaggio infausto fosse avvenuta perdita della pecunia mutuata o delle merci colla medesima acquistate. Questo, contrariamente alla regola del mutuo ordinario, che il rischio e pericolo delle cose mutuate sta a carico del mutuatario [1].

Il negozio originariamente dovette servire allo scopo dell'importazione; il denaro si conservava in natura fino al porto di destinazione, dove si acquistavano con esso merci per la patria. Più tardi servì anche per l'esportazione; colla pecunia mutuata si comperavano merci in patria per trasportarle altrove. Infine il negozio stesso fu esteso a scopi direttamente e strettamente marittimi, più che commerciali; denaro dato a mutuo per la riparazione o l'approvigionamento del naviglio o pel pagamento del personale di servizio; colla clausola, anche qui, che vi fosse obbligo di restituzione solo in quanto la nave arrivasse felicemente nel luogo di destinazione.

Il rischio cui si sobbarcava il creditore era esclusivamente quello del viaggiar per mare; non solo la colpa del mutuatario e dei suoi dipendenti (come p. es. quando non si fosse ottemperato alle generali consuetudini e regole nautiche, o si fossero comperate merci proibite onde il fisco sequestrasse il carico) ma anche lo stesso caso fortuito indipendente dal mare (come

---

[1]) Cfr. pagg. 179-180. Ivi nell'enumerazione dei *casus* vedesi il *naufragium* particolarmente indicato.

quando le merci si guastassero) non stava a carico del mutuante. — Si solevano poi determinare con precisione le condizioni e modalità del viaggio (specialmente pel cammino, l'inizio e la durata del viaggio stesso) ed il creditore non sopportava più il pericolo se non veniva a quelle ottemperato. — Avuto riguardo al rischio suddetto ond'è onerato, il mutuante nel mutuo marittimo apparisce, è chiaro, in condizione inferiore a quella in cui trovasi nel mutuo ordinario. Ma la condizione sua è migliore invece nel riguardo degli interessi; abituali in questo genere di negozio, come mostra la stessa denominazione « foenus nauticum ». Ed è migliore doppiamente, tanto per la misura degli interessi, quanto per il modo di stabilirne l'obbligo. Quanto alla misura, nel diritto antegiustinianeo addirittura non eravi limite per le *usurae maritimae*, considerate, più che un vero interesse, un compenso o correspettivo del grave rischio assunto (*periculi pretium*, τίμημα τοῦ κινδύνου) ed una partecipazione al successo dell'impresa, d'ordinario largamente rimuneratrice [1]; Giustiniano fissò un massimo, le *usurae centesimae* cioè il 12 % l'anno. Quanto al modo di fondare l'obbligo degli interessi, qui basta l'accordo semplice, il *pactum*, per dar vita ad un'obbligazione civile di pagamento dei medesimi. All'uno ed all'altro punto abbiamo già avuto occasione di accennare parlando del mutuo ordinario [2]. Soggiungasi che, logicamente, l'una e l'altra deroga al giure comune valgono

---

[1]) Partecipazione che non è tuttavia proporzionale all'utile ritratto, ma prefissa tassativamente alla conclusione del negozio.

[2]) Vedi pagg. 187-188 e 181-183.

soltanto per il tempo durante il quale il creditore sopporta il rischio della *pecunia traiecticia*; vale a dire dal momento in cui parte la nave sino al termine del viaggio. — Era uso molto frequente di pignorare per garanzia della restituzione del denaro e prestazione degli interessi convenuti, il carico, ossia le cose comperate colla stessa pecunia mutuata ed altre merci che viaggiassero colla nave stessa o con altra nave [1]; come apparisce pure frequente la garanzia mercè la *stipulatio poenae* [2].

117. — Circa i testi, vedi nel titolo speciale delle Pandette, *de nautico foenore*, 22. 2:

L. 1 (Modestin. *10 pandect.*): « Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit ».

L. 3 (Idem *4 regul.*): « In nautica pecunia ex eo die periculum spectat creditorem, ex quo navem navigare conveniat ».

L. 4 pr. (Papin. *3 respons.*): « Nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem

---

[1]) Di più su tale garanzia, in Mancaleoni *Op. cit.* a pag. 196 n. *, pagg. 154-155 nota ξ.

[2]) Al creditore importava specialmente di riavere senza ritardo il denaro per impiegarlo nuovamente in operazioni di mutuo marittimo, continuando il suo commercio; poichè, come fu già detto e si capisce, le maggiori *usurae maritimae* si aveva solo mentre durava il rischio. — Ed anche su quest'altra garanzia vedi Mancaleoni cit., pag. 176 e segg. nota *cc.*

praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit [1]. utrubique igitur maius legitima usura foenus non debebitur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur ».

L. 6 (Paul. *25 quaest.*) : « Foenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces in nave pignori accepit..... cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit ipsius crediti obligatio non exsistente condicione defecisse videtur, et ideo pignorum quoque persecutio perempta est... ».

L. 7 (Idem *3 ad ed.*) — È già trascritta a pag. 182.

L. 9 (Labeo *5 pithanon a Paulo epitom.*) : « Si traiecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est... » [2].

---

[1]) Qui vediamo chiaramente che l'espressione *pecunia traiecticia* comprende anche il caso, pur possibile, che il denaro non viaggi a rischio del mutuante, ma bensì del mutuatario, conforme alle regole del mutuo normale; per il qual caso vedi anche L. 6 D. h. t. e LL. 3 [2] e 5 [4] C. h. t. che poscia trascriviamo. Ma specialmente denota il caso, certo molto più frequente, in cui il creditore si assume il *periculum maris*; cfr. L. 1 D. h. t., già trascritta. Più ampio su questo è Mancaleoni *Op. cit.*, pagg. 130-131 nota *c* e pagg. 147-148 nota *k*.

[2]) Aggiungi a questa la ben nota L. 23 D. *de O. et A.* 44. 7 (Afric. *7 quaest.*), interessante, perchè ci mostra il costume di far viaggiare sulla nave uno schiavo del creditore per la riscossione del denaro; su di che vedi anche L. 4 § 1 D. h. t. 22. 2 e L. 122 § 1 D. *de V. O.* 45. 1. Scopo dell'invio del *servus* poteva essere anche quello di controllare l'osservanza degli accordi contrattuali ed insieme la realtà e accidentalità degli infortuni (cfr. Liv. 25. 3 « ..... ementiti erant falsa naufragia, et ea ipsa quae vera renuntiaverant fraude ipsorum facta erant,

E nel medesimo titolo del Codice, (4. 33) vedi:

L. 2 [1] (Diocl. et Max.): « Traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, manifestum est ».

L. 3 [2] (Idem): « Cum dicas pecuniam te ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profitearis, non dubium est pecuniae creditae ultra licitum te usuras exigere non posse ».

L. 4 [3] (Idem): « Cum proponas te nauticum foenus ea condicione dedisse, ut post navigium, quod in Africam dirigi debitor adseverabat, in Salonitanorum portum nave delata foenebris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii dumtaxat quod in Africam destinabatur periculum susceperis, perque vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus quae navis continebat fiscum occupasse: amissarum mercium detri-

---

non casu »); come soleva avvenire nel ναυτικὸν δάνεισμα donde il *foenus nauticum*, si sa, è derivato. — Tornando alla L. 23, havvi chi reputa mancante qualche cosa a principio, e precisamente ritiene doversi leggere « traiecticiae pecuniae nomine, si ad diem soluta non esset, poena, uti adsolet, *et pecunia* ob operas eius qui eam pecuniam peteret in stipulationem erat deducta... » aggiungendo le parole in corsivo; onde vi sarebbero due promesse, quella della pena e quella di un compenso per le *operae*, ancorchè riunite in un'unica stipulazione. Lasciando il testo così com'è, certo la *poena* ha carattere e funzione particolare; essa è posta in rapporto alle *operae* dello schiavo (*ob operas*) e colpisce il ritardo nel pagamento, per il danno che ne deriva al mutuante, padrone dello schiavo, rispetto alle *operae* anzidette. — Su tutto questo vedi pure Mancaleoni loc. cit. a pag. 199 nota 2.

mentum, quod non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex praecipiti avaritia et incivili debitoris audacia accidisse adseveratur, adscribi tibi iuris publici ratio non permittit ».

L. 5 [4] (Idem): « Traiecticiae quidem pecuniae, quae periculo creditoris mutuo datur, casus, antequam ad destinatum locum navis perveniat, ad debitorem non pertinet, sine huiusmodi vero conventione infortunio naufragii non liberabitur ».

Altrove nel Digesto — precisamente nella L. 122 § 1 *de V. O.* 45. 1, di Scevola (*28 digest.*) — abbiamo un documento interessante relativo ad un mutuo marittimo, che suscita molteplici dubbî e presenta serie difficoltà; onde il testo è divenuto famoso, insieme col caso e negozio che contiene: *il celebre mutuo di Callimaco* (1). Sonvi scritti speciali in proposito, fra i quali una recente pregevole dissertazione italiana (2).

---

1) « Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit »; così comincia il passo.

2) Stella Maranca *Intorno al frammento 122 § 1 Dig. de verborum obligationibus* (*45. 1*) Lanciano 1901. L'Autore, dopo avere indicato le varianti del testo, espone criticamente le numerose interpretazioni; dimostrando diligenza, esattezza, acume. Da ultimo dà una nuova spiegazione comunicatagli privatamente dal suo maestro esimio, prof. Brini, e tenta una sua particolare interpretazione, che si collega a quelle di Bartolo e Cuiacio. Certamente queste due interpretazioni, del prof. Brinie dell'A., sono fra le migliori. Ma la ricerca delle interpolazioni può diffonder qui nuova luce. Non mancano gli elementi che rivelano o fanno fondatamente sospettare la mano dei commissarî giustinianei; ancorchè sia difficile determinare con precisione l'opera di questi e quindi accertare il testo originario. — In quest'ultimo senso vedi, fra le varie recensioni laudative dello scritto

Nel Codice poi, veggasi ancora la L. 26 § 2 *de usuris* 4. 32; dove Giustiniano dice:

« ..... in traiecticiis..... contractibus vel specierum foenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum..... ».

Aggiungi, all'infuori della collezione giustinianea, Paul. 2. 14. 3; che può confrontarsi appunto con ques'ultimo testo e colla L. 2 [1] C. cit. (vedi anche L. 4 pr. D. cit.):

« Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest»(1).

---

cit., quella del prof. Solazzi, nella rivista *La Cultura* N. S. a. 21 [1902] pag. 107. Sembra a quest'autore che togliendo via l'inciso « cum secundum cautionem — deberet » la prima parte del testo acquisti un senso pienamente corretto; nella seconda parte dovrebbe essere tribonianea per lo meno la chiusa « sed fore — reddi ».

Vedi poi Mancaleoni cit., nelle note a pag. 152 e segg.

1) A proposito della citata L. 2 [1] C. (vedi pag. 201) avvertasi come questo testo può significare, nell'affermata indipendenza dal limite degli interessi ordinarî (ossia, qui, terrestri), tanto la possibilità di un interesse illimitato quanto quella di un interesse più elevato sì dell'ordinario ma pur soggetto anch'esso ad un *maximum*. Il primo senso aveva il testo in origine; nel secondo invece lo adopera la compilazione giustinianea, dove, appunto perchè consente questo secondo significato, è stato accolto, e verosimilmente senza modificazioni. Ciò non rileva Jhering, il quale si fonda principalmente su tal testo per reggere la tesi sua affatto originale (affermata in un particolare scritto inserito nei suoi *Jahrbücher* [Annali] vol. 19 [a. 1881] pag. 2 e segg.) che il vero interesse marittimo rimase sconfinato anche nel diritto giustinianeo, ed il *maximum* eccezionale del 12 % fu stabilito per il tempo in cui la nave fosse rimasta in porto rispettivamente prima della partenza e dopo l'arrivo fino al seguito pagamento. Jhering ha trovato qualche seguace. Ma più

118. — Che il negozio considerato, pur colle deviazioni indicate, sia sempre un mutuo è riconosciuto generalmente tanto dagli autori antichi quanto dagli scrittori moderni. — Fra questi ultimi si opponeva Savigny [1], e successivamente qualche autore di speciali ricerche sulla materia, da ultimo Sieveking [2], il quale nell'esporre la dottrina della *pecunia traiecticia* romana apparisce essenzialmente dominato dal proposito di dimostrare non trattarsi qui di un caso di mutuo.

Ma gli argomenti addotti contro la *communis opinio* non sono convincenti. — Che la *pecunia traiecticia* abbia carattere economico assolutamente diverso da quello del mutuo ordinario, non è vero. — Le particolarità del mutuo marittimo si spiegano colle condizioni speciali del rapporto senza che perciò la figura fondamentale del medesimo sia cambiata, ma rimanendo invece essa pur sempre quella del mutuo. — Veggansi poi le dichiarazioni dirette delle fonti, le quali valgono meglio di qualsiasi argomentazione contraria per via di ragionamento: Scevola nella L. 122 § 1 D. cit. dice « Callimachus *mutuam* pecuniam nauticam accepit.....»; Paolo nella L. 6 D. h. t. dice « foenerator pecuniam usuris maritimis *mutuam* dando »; e del pari Diocleziano e Massimiano

---

giustamente fu combattuto; specie coll'argomento molto semplice, ed altrettanto efficace, che tale dottrina non trova base alcuna nelle parole di Giustiniano. Cfr. in particolare Dernburg *Il dir. delle obblig.* (trad. dal tedesco, di Cicala) Torino 1903 pag. 361 n. 6 e più ampiamente Mancaleoni cit., pagg. 168-169 nota *v.*

[1]) *Sistema* cit. a pag. 52 n. 3, vol. 6 pag. 153 nota *m.*

[2]) *Das Seedarlehen des Altertums* [Il mutuo marittimo dell'antichità] Leipzig 1893.

mantengono questa eloquente terminologia « traiecticiae quidem pecuniae, quae periculo creditoris *mutuo* datur », dove va particolarmente rilevato l'immediato congiungimento del rischio assunto dal creditore colla designazione e terminologia del mutuo [1].

119. — La giurisprudenza romana ha applicato le regole della *pecunia traiecticia* agli altri casi in cui il mutuatario, come nel caso dianzi esposto, si fosse obbligato alla restituzione solo verificandosi una certa condizione (così detto *foenus quasi-nauticum*). Il rischio pel mutuante stava pur sempre nella possibilità che non si verificasse la condizione, onde nulla più avrebbe conseguito [2].

Siffatto allargamento si riscontra nella L. 5 pr. D. h. t. 22. 2 (Scaevola *6 responsorum*). — Secondo questo passo, il contratto può metter capo persino ad un avvenimento non accidentale, ma che dipende invece dalla volontà del debitore; come, p. es., manomettere o no uno schiavo. Altri casi che nel passo suddetto vengono

---

[1]) Per la materia di questo nr. 118 confronta e vedi più ampiamente Mancaleoni cit., pagg. 141-145 nota *h*.

Alla fine dell'argomento soggiungiamo che per raffronti coll'odierno *prestito a cambio marittimo* può vedersi da ultimo la voce *Cambio marittimo* nelle note collezioni *Il Digesto Ital.* vol. 6 p. 1 (Armelani), *Enciclopedia giuridica* vol. 3 p. 1 sez. 1 (Ciccaglione) e *Dizionario pratico di diritto privato* per cura di Scialoja vol. 1 (Berio), con ampia bibliografia. Pel diritto intermedio, Salvioli *L'assicurazione e il cambio marittimo nella storia del dir. ital.* Bologna 1884. Anche qui poi Mancaleoni cit., pag. 179 nota *ee* e pag. 197 e segg. note *hh* e *ii*.

[2]) Nel mutuo marittimo la condizione era quella di un felice viaggio; cioè che non vi fosse, per causa del mare, perimento della pecunia o delle *merces ex ea comparatae*.

indicati sono i seguenti: qualcuno dà denaro ad un pescatore per l'acquisto delle reti, convenendo che vi sarà obbligo di restituzione soltanto nell'ipotesi di pesca fortunata; qualcuno presta denaro ad un atleta perchè si addestri e prepari alla lotta, rinunziando al rimborso in caso che questi nel pubblico cimento non abbia da vincere il premio; un individuo malato dà a mutuo, e si stabilisce che non avrà diritto a restituzione se guarisca, oppure viceversa se non guarisca. Ma il contratto non sarebbe valido, naturalmente, quando mascherasse una scommessa proibita; e perciò conviene che almeno una delle parti miri ad un interesse diverso dal semplice guadagno (« si modo in aleae speciem non cadat »). Del resto, la lezione della cit. L. 5 pr. è in più punti controversa; donde difficoltà per l'interprete, che mette questo passo fra le *leges damnatae* o *cruces iurisconsultorum*. — Nel § 1 si conferma anche per questo allargamento la piena efficacia del semplice patto di interessi [1].

120. — MUTUO DI DENARO AD UN FILIUSFAMILIAS *. Costituisce una particolarità a datare dall'età imperiale,

---

[1]) « In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest ».

* Paul. 2. 10; Inst., § 7 *quod cum eo* 4. 7; Dig., tit. *de senatus consulto Macedoniano* 14. 6; Cod., tit. *ad senat. cons. Maced.* 4. 28.

Circa la bibliografia, trattasi di una materia preferita dagli autori. Abbiamo molte monografie sull'argomento, fin troppe, come giustamente fu notato; specie perchè alla copia non corrisponde, si può dire, la bontà del contenuto. Noi ricordiamo fra tali scritti soltanto quello, italiano, di Squitti *Il senatoconsulto Macedoniano* Napoli 1886; d'altronde rinviamo piuttosto alle particolari trattazioni della materia che abbiamo in Mandry

e più specialmente dal senatoconsulto Macedoniano emanato sotto Vespasiano (69-79 d. C.) ed elaborato quindi dalla giurisprudenza e dalla legislazione.

Il senatoconsulto suddetto proibiva di dar denaro a mutuo ai *filiifamilias* e stabiliva che chi al divieto contravvenisse non avesse diritto a restituzione. — Si mirava con ciò a colpire una condizione di cose che, pur troppo, si riscontra in tutti i tempi. Giovani che menano una vita dissipata fanno debiti sull'eredità paterna; e si trovano persone malvagie che in questa aspettazione somministrano loro denaro, naturalmente a dure condizioni, favorendo in tal guisa il vizio e provocando disordini ed eccessi. Su questa trista via un certo *Macedo*, stretto dai creditori, si era fatto persino parricida, per poter soddisfare i proprî obblighi. L'orrendo delitto spinse il Senato ad emanare la sopraindicata proibizione.

121. — Sueton. *Vespasian.* 11: « Auctor senatui fuit decernendi..... ne filiorum familias foeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est ne post patrum quidem mortem ».

L. 1 pr. D. *ad SC. Maced.* 14. 6 (Ulp. *29 ad. ed.*): « Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: *Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui qui filio familias mutuam pecuniam de-*

---

*Das gemeine Familiengüterrecht* [Il diritto famigliare patrimoniale comune] Tübingen 1871-76 vol. I pag. 431 e segg. ed in Huschke *Op. cit.* a pag. 148 n. * pag. 149 e segg.

*disset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri* ».

. § 7 I. *quod cum eo* 4. 7 : « ..... senatus consultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in parentis erunt potestate: et ei qui crediderit denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suae potestatis esse coeperint, quam adversus patrem avumve, sive habeat eos adhuc in potestate, sive emancipaverit. quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentium insidiabantur ».

Instit. graeca paraphr., ivi, (trad. lat.): « ... fuit Romae quidam nomine Macedo, qui cum in sui patris potestate esset, mutuam pecuniam a quodam accepit sperans parentis sui morte aes alienum solvere posse. longo tempore elapso, urguebat creditor pecuniam repetens. Macedo non habens unde daret, utpote qui filiusfamilias esset, patrem suum occidit. res ad senatum relata est. et ille quidem parricidii poenas luit, senatusconsultum autem Macedonianum factum est, quo cautum est, ut nemo, qui filiofamilias crediderit, mutuum repetere possit; ut ita quisque sciens sese mutuum repetere non posse, a credendo abstineat...» (1).

Paul. 2. 10: « Qui filio familias contra interdictum amplissimi ordinis pecuniam mutuam crediderit, post

---

1) Edizione e traduzione latina di Ferrini, pagg. 450-451.

mortem patris ex eo quod vivo patre credidit cum eo agere non potest ».

122. — Come si vede, e più addietro già l'abbiamo detto, il nostro senatoconsulto, scostandosi dalle regole abituali, è designato col nome di chi lo provocò.

A tal punto, alcuni hanno sostenuto che *Macedo* non fosse il figlio snaturato, bensì il *foenerator*, vale a dire l'usuraio che aveva prestato il denaro. Ciò non può ammettersi; essendo contraria la Parafrasi greca delle Istituzioni sopratrascritta, ed opponendosi nella L. 1 Dig. cit. specialmente le parole « Macedo aes alienum adhibuisset », che mostrano in *Macedo* il debitore e non il creditore (1). Onde siffatta opinione, che vediamo fin nella Glossa e che fu accolta fra gli altri da Cuiacio, trovasi appena presso qualcuno dei moderni (2). Nè vi insisteremo di più.

Piuttosto dobbiam dire che il senatoconsulto Macedoniano non è senza precedenti. Tacito (3) menziona una legge anteriore, emanata sotto Claudio, in questi termini: « Claudius..... lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum foenori darent ». — Il rapporto di tal legge col senatoconsulto non è chiarito, malgrado le discussioni degli autori. Gli è che mancano elementi validi per determinarlo. Certo è più verosimile ritenere che la

---

1) Cfr. L. 213 § 1 D. *de verb. signif.* 50. 16.

2) Fra questi, Accarias *Précis de droit romain* cit. a pag. 157 n. 2, vol. 2 pag. 245. E dubitante ancora è Ronga *Instit.* cit., vol. 2 pag. 137 n. 1: « *Macedo* era il nome del *filiusfamilias* ovvero dell'usuraio, ecc. ».

3) *Ann.* 11. 13 (a. 47).

suddetta legge avesse minor portata o sanzione meno intensa [1], anzichè ritenere che il senatoconsulto ne sia una semplice rinnovazione [2].

Va segnalata come una singolarità questa legislazione limitante la capacità del *filiusfamilias*; in massima sott › l'Impero, specie sull'esempio dei diritti ellenici, si tende invece, lo sappiamo, a favorire l'anzidetta capacità.

123. — Di *filiifamilias* parla il divieto in discorso, nel largo senso della parola; per modo che esso si riferisce anche alla potestà dell'avo, ecc. Che sieno figli adottivi anzichè carnali fa lo stesso. — Non si ha riguardo al sesso od all'età. La disposizione vige anche pei maggiorenni; ed anzi questi sono contemplati di preferenza, perchè quanto ai minori può rattenere dal dare loro a mutuo già il timore della *restitutio in integrum*. — Neppure ha importanza la condizione o dignità del *filiusfamilias*; salvo che il *filiusfamilias* militare, dapprima limitatamente al peculio castrense e poscia nel diritto giustinianeo in via assoluta, fu riconosciuto capace di assumere mutui passivi di denaro, cessando per lui la proibizione del senatoconsulto [3].

---

[1]) Come opina p. es. anche recentemente Girard *Manuel* cit., pag. 513 n 6: « Cette loi (Claudia), nécessairement plus restreinte que le sénatus-consulte, peut, par exemple, n'avoir frappé que les prêts remboursables à la mort du père, peut aussi ne les avoir frappés que d'une amende ».

[2]) Come reputa, fra gli altri, Ronga loc. cit. testo.

E l'una e l'altra cosa in Padelletti *Storia* cit., pag. 561 « Il divieto, (di Claudio) fu ripetuto ed allargato sotto Vespasiano da un *SC. Macedonianum...* » ed altri.

[3]) Per la materia di questo nr. 123 vedi: § 7 I trascritto a pag. 208; LL. 1 §§ 1-3, 2, 3 § 4, 4-6, 9 § 2, 14 D. h. t. 14. 6; L. 11

L'eccezione affermata nelle fonti a favore del *filiusfamilias miles* si estende senza difficoltà a quegli altri *filiifamilias* i quali, come il *miles*, godono di una posizione sociale che li abilita ad acquistare e possedere cogli stessi diritti di un *paterfamilias*; quindi ai funzionari di Stato e di Corte, agli ecclesiastici, agli avvocati, conforme ai noti casi di peculio quasi-castrense. Non si può dire generalmente che chi dà denaro a mutuo ad una di tali persone, soggette a *patria potestas*, lo faccia *in mortem patris*; come non lice dirlo per chi faccia l'imprestito ad un soldato. — Ma invece il mu-

---

§ 7 D. *de minor.* 4. 4; L. 6 § 1 e L. 7 § 1 C. h. t. 4. 28. — Particolarmente pel *filiusfamilias* militare, si avverte che la L. 1 § 3 D. (Ulp. *29 ad ed.*) appone alla massima proibitiva la riserva « nisi forte castrense peculiam habeat: tunc enim senatus consultum cessabit » e la seguente L. 2 (Ulp. *64 ad ed.*) soggiunge « usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur ». Con questi passi va confrontata la L. 7 § 1 C. cit., dove Giustiniano statuisce che ogni mutuo ricevuto da un *filiusfamilias* soldato sia valido. Le opinioni sulla giusta portata di questi passi e su ciò che da essi si deve dedurre, divergono assai. Certamente (come osserva Windscheid *Il diritto delle Pandette* cit., vol. 2 p. 2 pagg. 44-45 n. 6) Giustiniano, dicendo nella L. 7 § 1 C. cit. « in pluribus... iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt .... », mostra di connettere la capacità di mutuo del soldato alla capacità di acquisto castrense del medesimo, per modo che il pensiero diretto, immediato dell'Imperatore appare questo: in quanto il *filiusfamilias* è capace di acquisto in tanto è capace di mutuo. Ma per la presunzione successivamente dichiarata « et ex praesumptione omnis miles non creditur in aliud quicquam pecunias accipere et expendere nisi in causas castrenses » si finisce per ammettere, come sopra dicemmo, che in tutti i casi il mutuo assunto da un *filiusfamilias miles* ha valore.

tuare *in mortem patris* non è escluso da ciò che il *filiusfamilias* abbia ricevuto qualche dono dal sovrano o dalla sovrana (altro caso, si sa, del peculio quasi-castrense) oppure per ciò che si sia verificato uno dei casi dl *peculium adventicium irregulare*. Sicchè l'eccezione al divieto, ammessa espressamente nei testi riguardo al *filiusfamilias* soldato, non può estendersi, per via di interpretazione, fino a quest'ultimo punto, cioè a tutti i casi di *peculium quasicastrense* ed anche a quelli di *peculium adventicium irregulare*; come vorrebbe invece l'opinione dominante (1).

124. — Sono proibiti solamente i mutui di denaro; non quelli di cose fungibili diverse, e meno ancora altri negozî obbligatorî pur aventi per obbietto denaro ma differenti dal mutuo; salvo che non travestano, e questi e quelli, il vietato mutuo nummario (2). Pur trattandosi di mutuo nummario, la proibizione non vale nel caso

---

1) Per questa anche Ronga *Instit.* cit., vol. 2 pag. 139 n. 7, Bonfante *Istit.* cit., pag. 407, Dernburg *Il diritto delle obbligaz.* cit. a pagg. 203-204 n. 1, pag. 356. *Contra*, Windscheid *Il diritto delle Pand.* cit., vol. 2 p. 2 pag. 45 n. 6.

2) Qui va menzionato in particolare il caso frequente del così detto *contractus mohatrae* o *baratae*; pel quale cfr. Ducange *Glossarium mediae et infimae latinitatis* ad v. *Mohatra*: « Vox portentosa qua significatur contractus quo, inquit Escobarius, *quis egens pecunia emit pecunia credita a mercatore merces summo pretio; et statim ei pecunia numerata pretio infimo revendit.* Qui contractus divinis ac civilibus legibus prohibetur. Idem *barata* interdum dicitur, quo nomine fraus, dolus, indigitatur ». Ma non sempre le espressioni suddette sono adoperate con tale significato. Talvolta indicano semplicemente il mutuo concluso dando una cosa da vendersi con facoltà di trattenere il prezzo ritratto (cfr. pag. 159 lett. *c*).

in cui non si dia effettivamente e materialmente denaro al *filiusfamilias*, ma gli si conceda di ritenere a titolo di prestito la somma che già deve per altra causa [1]. — Ancora, il senatoconsulto non si applica per i mutui di denaro assunti coll'assenso del *paterfamilias*; sia tale assenso precedente, contemporaneo o successivo, come pure sia il medesimo espresso o tacito [2]. Il che si suole presentare come un'eccezione al senatoconsulto; ma è piuttosto una riserva al medesimo, che si desume direttamente dallo spirito della disposizione, limitandone la lettera formulata con soverchia generalità. Precisamente il Senato voleva evitare questo: che i giovani *filiifamilias* si procurassero mediante la mutuata pecunia i mezzi per condurre una vita riprovevole, e la famiglia dai loro traviamenti ed eccessi fosse turbata o addirittura insidiata. Or bene, il consenso del padre rassicura contro tale timore; esso è la miglior garanzia della moralità dell'operazione. — Ma anche non avendo aderito il *paterfamilias*, il senatoconsulto cessa rispetto a quei prestiti che o fin da principio furono assunti nell'interesse del *paterfamilias* o furono poscia rivolti a suo vantaggio (*in rem patris versio*). Pei particolari convien riferirsi alla materia appunto dell'*actio de in rem verso*. Noi aggiungiamo soltanto, coll'espressa speciale testimonianza

---

[1]) Cfr. pag. 159 lettera *b*.

[2]) Per quest'ultimo basta che il *paterfamilias* non esprima disapprovazione per l'assunzione del mutuo di cui è a conoscenza. — Qui rientrano pure i casi delle *actiones exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, colle quali pertanto, anche rispetto al mutuo passivo di denaro, il *paterfamilias* potrà esser tenuto. Vedi L. 7 § 11 D. h. t.

delle fonti, che la proibizione non vale neppure quando il figlio prende denaro a prestito per soddisfare bisogni e doveri, cui il padre è tenuto a provvedere. — In due altri casi la proibizione in discorso perde efficacia. Tali: *a*) Il caso in cui il mutuante in forza di un errore scusabile ritenga di aver a che fare con una persona *sui iuris*, anzichè con un *filiusfamilias*. Ciò specialmente nell'interesse generale della sicurezza del commercio e delle contrattazioni; oltrechè in coerenza coi moventi e scopi del senatoconsulto. *b*) Il caso in cui il mutuante sia minore di età; prevalendo il *beneficium* della *restitutio in integrum*, di cui gode il mutuante, su quello del senatoconsulto, a favore del mutuatario.

Fra i passi relativi alla materia di questo nr. 124, che in nota citiamo [1], si rileva la L. 7 § 14 (Ulp. *29 ad edictum*), che così suona:

« Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret qui, si peteret, exceptione non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio ».

Non è concorde l'interpretazione. — Parecchi intendono tale brano come relativo ad un debito del *paterfamilias* che il figlio abbia pagato per lui, ossia come relativo ad un caso di *versio in rem patris*; la quale esclude, come abbiamo detto, il divieto del senatoconsulto. Questo è pure decisamente il nostro avviso; e perciò anche tal brano abbiamo citato più addietro, là

---

[1]) L. 3 pr. e §§ 1-4, LL. 4-6, L. 7 pr. e §§ 1-3, 7-9, 11-15, L. 9 § 3, LL. 12-14, L. 16, L. 17, L. 19 D. h. t.; L. 11 § 7 D. *de minor.* 4. 4; L. 7 § 5 D. *de in rem verso* 15. 3; L. 47 § 1 i. f. D. *de solution.* 46. 3; LL. 1, 2, 4, 5, 7 pr. C. h. t. 4. 28.

dove di siffatta esclusione si è parlato [1]. — Altri autori riferiscono il suddetto brano ad un debito non del *paterfamilias*, ma del figlio invece; e vi fondano su un'altra eccezione al senatoconsulto, da aggiungersi a quelle che dianzi abbiamo indicate. L'eccezione è per alcuni di tali altri autori soltanto ed immediatamente questa: (il senatoconsulto non si applica) se il *filiusfamilias* prende denaro a prestito per pagare un suo debito valido [2]. Altri dei suddetti autori, invocando pure la L. 47 § 1 D. *de solution.* 46. 3 (Marcianus *4 regul.*) [3], estendono l'eccezione fino al punto da escludere il senatoconsulto anche quando in generale il mutuo appaia determinato da un bisogno o scopo ragionevole del *filiusfamilias* [4]. Ora, per sè stessa è seducente l'idea che il creditore del mutuo possa tutelarsi di fronte al senatoconsulto anche provando che non per dissolutezza o leggerezza il *filiusfamilias* ha concluso il negozio. Ma, d'altro lato, par cosa arrischiata l'ammettere che la giurisprudenza romana sia andata tanto in là nel restringere la lettera della disposizione. Sembra invece che essa debba aver considerato quanto sarebbe stato pericoloso e sdrucciolevole il terreno sul quale si fosse posta con ciò. Ond'è da

---

[1]) Cfr. la nota precedente.

[2]) Così anche da ultimo Ferrini *Manuale di Pand.*, pag. 859.

[3]) « ... (Scevola) in filio familias putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam acceperit et eam perdiderit ».

[4]) Così p. es. van Wetter *Les oblig. en droit rom.* cit. a pag. 42 n. 4, vol. 3 pag. 64; e vedi anche Serafini *Istit.* cit. a pag. 65 n. 3, vol. 2 pag. 118.

ritenersi che la giurisprudenza romana si sia arrestata semplicemente alla massima: al *filiusfamilias* non deve darsi denaro a mutuo; il mutuo diventa lecito solo per ciò che venga dato con assenso del *paterfamilias* o a profitto di questo. Esegeticamente poi, contro l'interpretazione che nella L. 7 § 14 di cui discutiamo si tratti di debito del figlio e non del padre, veggasi come nel § 11 della stessa legge è scritto « patris voluntate contractum videtur », nei §§ 12-13 si tratta di *in rem patris versio*, nel § 15 si tratta di ratifica del padre; è pertanto ben verosimile che anche il § 14 si riferisca al padre [1].

Un altro cenno esegetico ora; e precisamente in rapporto alla cosa detta per ultima nella esposizione dogmatica (lett. *b*, a pag. 214). Trascriviamo la relativa L. 11 § 7 D. *de minor.* 4. 4 (Ulp. *11 ad. ed.*):

« Plane si minor annis cum filiofamilias maiore contraxerit, et Iulianus libro quarto digestorum et Marcellus libro secundo digestorum scribit [2] posse in integrum restitui, ut magis aetatis ratio quam senatus consulti habeatur ».

Giova confrontare la L. 34 pr. D. h. t. 4. 4 (Paul. *1 Sent.*) la quale contempla il caso che anche il mutuatario sia minorenne. In tal caso, essendo il beneficio dell'età comune alle due parti, il conflitto di diritto si risolve, distinguendo le ipotesi, col principio *melior est causa possidentis quam petentis* e col principio

---

[1]) Cfr. Windscheid *Il dir. delle Pand.*, vol. 2 p. 2 pagg. 46-47 n. 11.

[2]) *scribunt.*

della preferenza data a *qui certat de damno vitando* in confronto di *qui certat de lucro captando*.

« Si minor viginti quinque annis filio familias minori pecuniam credidit, melior est causa consumentis, nisi locupletior ex hoc inveniatur litis contestatae tempore is qui accepit ».

125. — Ora, prima di dire della sanzione del senatoconsulto, completiamo la materia delle condizioni per l'applicazione del medesimo. — Soggiungiamo che perfezionandosi il mutuo, contratto reale, colla consegna della cosa, è al momento della *numeratio* che bisogna riferirsi, per giudicare se il mutuo stesso è dato o no ad un *filiusfamilias*, e non importa il momento dell'eventuale stipulazione *de restituendo* (1). Ciò in pieno accordo col fine del divieto. — Il senatoconsulto si applica sia al mutuo fruttifero che a quello senza interesse; il divieto è concepito in termini generali (2). Anche questo si comprende; ancorchè l'abuso sia da temersi specialmente nel mutuo a frutto, e questo perciò si abbia specialmente di mira. — Tanto che sia una *civitas* quanto che sia un privato a mutuar denaro ad un *filiusfamilias*, la proibizione vige ugualmente (3). — Infine il senatoconsulto può invocarsi non solo quando il denaro mutuato è stato speso, ma anche quando esiste ancora presso il mutuatario (4).

126. — Passiamo, secondo che si è annunciato, alla

---

1) L. 3 § 4 e LL. 4-6 D. h. t.
2) L. 7 § 9 D. h. t.
3) L. 15 D. h. t.
4) L. 9 § 2 D. h. t.

sanzione contro le trasgressioni del senatoconsulto Macedoniano.

La sanzione consiste in ciò, che il creditore perde il diritto di domandare la restituzione della somma prestata; più precisamente il diritto di ripetizione derivante dal contratto viene paralizzato da una eccezione che il Pretore concede in base al senatoconsulto, detta appunto *exceptio senatusconsulti Macedoniani.*

Questa eccezione può opporsi anche dopo la condanna, nel giudizio esecutivo. — Essa compete non solo al figlio ma anche al padre se il creditore si rivolga contro quest'ultimo in causa del peculio concesso; spetta pure agli eredi dell'uno e dell'altro ed ai garanti aventi diritto di regresso contro il debitore [1]. — Al figlio poi l'eccezione compete non solamente finchè dura la patria potestà ma anche dopo la cessazione di questa; « etiam post mortem parentis », per usare le parole del Senato, il credito non diventa « bonum nomen », ossia esigibile. Si può anzi dire che appunto a quest'epoca posteriore alla durata della *patria potestas* è rivolta l'eccezione in riguardo alla persona del mutuatario; poichè prima al creditore è tolta la possibilità del soddisfacimento già dalla mancanza di patrimonio del *filiusfamilias* [2].

127. — Però l'eccezione non esclude un'obbligazione

---

[1]) Altrimenti questi finirebbe per non profittare del beneficio; chè gli intercedenti, venendo costretti a pagare, eserciterebbero il loro ricorso contro di lui.

[2]) L. 1 pr. D. h. t. e § 7 I. citt. a pagg. 207-208. Adde: Paul. 2. 10. 1; L. 7 § 10, L. 9 §§ 2-4, L. 11 D. h. t.; L. 6 pr. C. h. t.

naturale a carico del *filiusfamilias* mutuatario. « Naturalis obligatio manet » (1).

Tale fu l'interpretazione dei giureconsulti; fondata sul riflesso che causa della proibizione e susseguente invalidità del vincolo contratto non è un vizio inerente al rapporto in sè, giacchè il *filiusfamilias* pubere è perfettamente capace di obbligarsi in confronto dei terzi, bensì un motivo estrinseco e piuttosto tendente a punire l'improbo creditore che non a voler giovare al debitore; *in odium eius cui debetur*, *ob poenam creditoris*, e non *eius causa cum quo agitur*, come leggiamo nei testi (2).

In particolare la suddetta obbligazione naturale si palesa efficace in ciò, che il mutuatario non può ripe-

---

1) L. 9 §§ 4-5 e L. 10 D. h. t.; L. 26 § 9 e L. 40 pr. D. *de condict. indeb.* 12. 6; L. 14 D. *de R. C.* 12. 1; L. 19 D. *de novat.* 46. 2.

2) LL. 19 pr. e 40 pr. D. *de condict. indeb.* 12. 6; L. 9 § 4 D. h. t. 14. 6, dove però Mommsen opina essere glossema da togliersi la frase *non ob poenam creditorum.*

D'altronde come non possa accogliersi il principio che da questi passi, e specialmente dalla L. 40 pr. cit. (raffrontandosi ivi senatoconsulto Macedoniano e senatoconsulto Velleiano) sembra scaturire — cioè che le *exceptiones in odium creditoris* lascierebbero sussistere un'obbligazione naturale e quelle *in favorem debitoris* escluderebbero anche tal vincolo minore — avvertono varî fra gli autori moderni, e con ragione credo; così p es. Savigny *Sistema* cit. a pag. 52 n. 3, vol. 5 pag. 425 e segg., Girard *Manuel* pagg. 637 e 638 n. 4, Ferrini *Manuale* pagg. 544 e 545 n. 3, Windscheid *Il diritto delle Pandette*, vol. 2 p. 1 pag. 135 (quest'ultimo, al solito, con ampie citazioni), Dernburg *Il dir. delle obbligaz.* cit. a pagg. 203-204 n. 1, pag. 16. Vedi però diversamente Serafini *Istit.* cit., vol. 2 pagg. 42-43 ed anche Bonfante *Istit.* cit., pag. 339. Più ampiamente di questo nella *Parte generale* a proposito delle *Obbligazioni naturali.*

tere quanto abbia pagato, pur avendo ritenuto, a torto, di essere obbligato *civiliter* (1). — Altro effetto è questo, che l'obbligazione del *filiusfamilias* mutuatario può esser base di fideiussione, pegno, novazione, *constitutum* (2). Ma la costituzione di pegno da parte dello stesso debitore, come pure la novazione ed il *constitutum* non sono validi che in quanto il debitore faccia tali negozî dopo sciolta la patria potestà (3). — La compensazione non è punto affermata od accennata nei testi. Dobbiamo ritenere che non fosse ammessa; ed è ciò certamente conforme allo spirito del senatoconsulto, che ha voluto disarmare il mutuante in modo assoluto.

Tornando all'effetto principale, quello cioè che non possa ripetersi il soluto, si osserva che se il debitore paga mentre è ancora *filiusfamilias*, egli sborsa denaro altrui, denaro che è proprietà del padre; e si domanda: Non avrà almeno il padre un diritto di ripetizione? Ora, certamente il padre ha una rivendicazione se le monete date in pagamento si trovano ancora in mano del creditore; ma avrà egli un diritto di ripetizione di carattere obbligatorio quando il creditore le abbia consu-

---

1) Vedi i testi citati nella nota precedente. Adde L. 26 § 9 D. *de condict. indeb.* 12. 6 e L. 19 D. *de novation.* 46. 2.

2) L. 9 pr. e §§ 3 e 5, L. 10, L. 11, L. 18 D. h. t.; L. 2 D. *quae res pignori* 20. 3; L. 19 D. *de novat.* 46. 2; L. 2 C. h. t. 4. 28. — La validità del *constitutum* non è dichiarata espressamente e particolarmente, ma non se ne può dubitare; e veggasi, d'altronde, il « vel alias agnovit » della L. 2 C. cit.

3) L. 9 pr. cit. e L. 2 C. cit. La costituzione di ipoteca fatta durante la patria potestà sarebbe d'ordinario già invalida per mancanza nel costituente della proprietà o della capacità del disporre.

mate? In base ai principî generali la risposta facile e sicura sarebbe questa: al padre non compete diritto di ripetizione quando il creditore abbia consumato il denaro in buona fede, cioè ritenendo avvenuto il pagamento col consenso del padre; viceversa, quando tale consumazione del denaro sia avvenuta in mala fede. Ora, volgendoci verso le fonti, se noi troviamo due passi, del medesimo giureconsulto e tolti dal medesimo luogo, dei quali uno nega al *paterfamilias* la *condictio* (1) e l'altro invece gliela concede (2), non par forse naturale e soddisfacente di riferire rispettivamente questi due testi ai due capi della distinzione testè affermata in base ai principî generali? Ed appunto tale conciliazione dei due passi, a primo aspetto contradditorî, è stata sostenuta da diversi autori ed in diversi modi (3).

128. — Il mutuatario perde l'eccezione se vi rinunzia dopo che sia diventato *sui iuris*; vale a dire cade l'*ex-*

---

1) L. 14 D. *de R. C.* 12. 1 (Ulp. *29 ad ed.*).

2) L. 9 § 1 D. h. t. 14. 6 (Ulp. ivi).

3) Fra i più recenti puoi riscontrare Windscheid *Il dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 49 n. 16, il quale dà copiose indicazioni circa la controversia. In particolare, aderendo alla conciliazione esposta nel testo, Windscheid rileva come non si oppongano le parole « ex omni eventu » della L. 9 § 1 cit.; esse non vogliono già dire che il padre abbia la *condictio* in ogni circostanza, ma bensì che il padre, se non la rivendicazione, abbia *ad ogni modo* la *condictio*. — Altri scrittori ritengono che nella L. 14 D. cit. si neghi soltanto la *condictio ex mutuo* o la *condictio indebiti*, non la *condictio sine causa*. Altri ancora reputano insolubile la antinomia ed immaginano una disparità d'opinione tra Marcello e Giuliano, rispettivamente citati da Ulpiano nei due passi in questione. V'ha infine chi vuol mutare nella detta L. 14 « condictionem » in *vindicationem*.

*ceptio* in forza di un atto qualsiasi per cui il già *filius familias* manifesti di non voler fare uso della *exceptio* stessa e di riconoscere invece come pienamente valido il negozio contratto.

Qui hanno importanza i testi che successivamente consideriamo:

*A*) L. 9 pr. D. h. t. 14. 6 (Ulp. *29 ad ed.*): « Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatus consulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem ».

L. 7 § 16 D. h. t. (Ulp. ivi): « Si pater familias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum repetere potest ».

Nel primo di questi passi la rinuncia all'*exceptio* è contenuta in una costituzione di pegno pel debito *ex mutuo*; ed è detto che l'eccezione ne viene esclusa solo fino a concorrenza del valore della cosa pignorata.

Nel secondo passo la rinuncia avviene invece per via di pagamento di una parte dell'importo dovuto; e qui non dicesi che l'eccezione sia solo parzialmente esclusa.

E così alcuni, fondandosi sul linguaggio generale ed assoluto di quest'ultimo testo, affermano che il pagamento parziale fa cadere l'eccezione per tutto l'importo del debito. — Ma Windscheid [1] specialmente non sa vedere come e perchè il pagamento parziale possa avere un effetto più esteso della parziale costituzione di pegno; opina che la cit. L. 7 § 16 sia da intendersi nel senso che il senatoconsulto venga meno soltanto per

---

[1]) *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 49 n. 17.

l'importo pagato; nella cit. L. 9 pr., il cui testo in origine doveva seguire immediatamente ciò che è scritto nella cit. L. 7 § 16, invece di « sed », è da leggersi *sed et*. — All'opposto, in sostanza, Pernice [1], il quale rilevando come la limitazione finale della L. 9 pr. cit. dia luogo a gravi obbiezioni e difficoltà di procedura e diritto materiale, la crede un'aggiunta infelice dei compilatori. — Dernburg [2] ed altri autori reputano doversi distinguere a seconda che il pagamento parziale siasi fatto come acconto, nel qual caso in esso si contiene il riconoscimento tacito dell'intero debito, od invece non siasi fatto quale acconto, nel quale ultimo caso non havvi alcun motivo per scorgere in tale pagamento parziale riconosciuta la parte di debito che lo supera; e stimano che al primo di questi due casi si riferisca la L. 7 § 16 cit.

*B*) L. 2 C. h. t. 4. 28 (Sever. et Anton.): « Zenodorus cum sui iuris esse publico videretur aut patris voluntate contraxit aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est ».

Questo passo, che in parte è fondamento esegetico di cose già dette a proposito delle condizioni di applicabilità del senatoconsulto [3], ci interessa ora per il

---

[1]) *Marcus Antistius Labeo* 2ª ediz. vol. 2 p. 1 (Halle 1895) pagg. 282-283 n. 2.

[2]) *Il dir. delle obblig.* cit., pag. 358 n. 19.

[3]) Cfr. pagg. 212-214.

punto concernente la rinunzia al beneficio del medesimo.

Vediamo che tale rinunzia può aver luogo in qualunque modo. Vediamo che tale rinunzia perchè sia efficace deve esser fatta dal mutuatario divenuto *sui iuris*; una rinunzia fatta mentre dura la patria potestà non vincola [1].

Su quest'ultima cosa potrebbe sorgere un dubbio. — Si comprende subito che sia inefficace la rinunzia fatta al momento stesso in cui vien consegnata la somma; troppo facilmente la farebbero i *filiifamilias* spensierati e dissoluti per aver denaro, e la disposizione del senatoconsulto sarebbe elusa. Ma quanto alla rinunzia fatta invece qualche tempo dopo e che non abbia quel carattere di manovra illecita, qualcuno osserva: se il *filiusfamilias* promettesse *donandi causa* 100 al creditore, tale promessa sarebbe valida; e perchè, allora, dovrà essere inefficace la promessa che il *filiusfamilias* faccia al creditore di non servirsi dell'eccezione pel debito di 100, puta caso, nascente dal mutuo? Al che si replica che la distinzione qui, in teoria, facilmente fatta ed accolta tra rinunzia e rinunzia, non è altrettanto agevole da farsi ed accogliersi in pratica; non escludendosi in via assoluta la validità di una rinuncia avvenuta mentre il mutuatario è ancora *filiusfamilias*, si arriverebbe a rendere spesso illusorio il divieto del senatoconsulto. Esegeticamente poi, il testo della L. 2 C. cit. è esplicito e deciso; e tanto meno consente riserva

---

[1]) Cfr. pagg. 221-222.

o sottinteso, data la completezza colla quale il passo stesso, si vede, vuol indicare i casi in cui non deve venir applicato il senatoconsulto [1].

## § 9.

## La fiducia *

Nozione e fonti — Requisiti e scopi (pag. 229) — Effetti e sanzione (pag. 233) — Scomparsa (pag. 239)

129. — NOZIONE E FONTI. La *fiducia*, detta anche *pactum fiduciae*, si può definire quella convenzione per cui una delle parti (*fiduciario*), ricevendo dall'altra (*fi-*

---

[1]) Cfr. anche Windscheid *Diritto delle Pandette*, vol. 2 p. 2 pag. 50 n. 18.

Finita la trattazione del *SC Macedonianum*, riportiamo, per opportuno raffronto, ciò che dice Nani *Storia* cit., pagg. 489-490: « Nel diritto italiano si mantenne in vigore il Senatoconsulto Macedoniano. In qualche legge però con non lievi modificazioni. Così nell'antica legislazione piemontese, il mutuo fatto al figlio di famiglia senza partecipazione e consenso del padre, fuori di certi casi determinati (come ad es. se il figlio di famiglia fosse emancipato, o vivesse separato dal padre, oppure esercitasse la mercatura, od avesse beni castrensi o quasi castrensi od avventizî di cui non spettasse al padre l'usufrutto) era radicalmente nullo e non solo annullabile colla *exceptio Senatusconsulti Macedoniani*, ed ancora incorreva in una pena il mutuante che avesse adoperato seduzione, inganno od altro mezzo illecito (RR. CC, lib. IV, tit. 34 c. 14 § 10) ».

* Oertmann *Die Fiducia im röm. Privatrecht* [La fiducia nel dir. rom. priv.] Berlino 1890, colle recensioni della medesima nella *Zeitschrift* [Rivista] di Grünhut vol. 18 [a. 1891] pag. 354 e segg. e nella *Krit. VJSchrift* cit. a pag. 148 n. * vol. 36 [a. 1894] pag. 1 e segg., rispettivamente di Heyrovsky e Bruchner;

*duciante*) la proprietà di una cosa, si obbliga a restituirla od in genere a spogliarsene in date circostanze [1].

Come apparisce chiaro da questa definizione, la fiducia è un contratto reale. — Ma essa non si trova nel quadro giustinianeo dei contratti reali, perchè precedentemente scomparsa. D'altronde nel giure antigiustinianeo ha avuto vasta applicazione ed è stata un negozio di grande interesse ed importanza.

---

tre articoli di Heck, Niemeyer e Göppert nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 10 [a. 1889] pag. 82 e segg., vol. 12 [a. 1891] pag. 297 e segg., e vol. 13 [a. 1892] pag. 317 e segg.; Gradenwitz nella *Ztschr.* di Grünhut vol. cit. pag. 347 e segg.; Jacquelin *De la fiducie* Paris 1891 (una buona tesi di dottorato; non ha pregi di originalità ed è un po' prolissa, ma è chiara e diligente; trovasi spesso citata); Pernice *M. A. Labeo* vol. 3 p. 1, Halle 1892, pag. 120 e segg.; v. *Fiducia* nel *Dictionnaire* cit. a pag. 114-115 n. **, vol. 2 p. 2 pagg. 1117-18 (di Baudry); Ferrini *Storia e teoria del contratto di commodato nel dir. rom.* Bologna 1894, estratto dall'*Archivio Giurid.* e riprodotto in gran parte nella traduzione annotata del lib. 13 tit. 6 del *Comm.* di Glück cit., pag. 20 e segg. (ivi rispettivamente vol. 52 pag. 486 e segg., e pag. 255 e segg.); H. Appleton *Des interpolations dans les Pandectes* Paris 1895 pag. 150 e segg.; Herzen *Origine de l'hypothèque romaine* Paris 1899 pag. 61 e segg.; Troisi *L'ipoteca romana* Palermo 1903 pag. 56 e segg.; Lenel *L'Edit.* vol. 2 pag. 5 e segg. — (Nella monografia di von Koschembahr-Lyskowski cit. a pag. 111 n. 2 si fa, a pagg. 44-67, un ampio confronto tra la *condictio* e la *fiducia*; ma non è questa la parte migliore del libro; dà luogo a diverse critiche e dubbî). — Brevemente Carle *Origini* pagg. 495-496.

[1]) Avvertasi subito che *fiducia* è detta talvolta anche la cosa stessa, altrimenti denominata poi *res fiduciaria* o *res fiduciae data*. *Fiduciam contrahere* pel negozio. Anche qui cfr. e vedi i noti dizionarî delle fonti. — Applicazioni fuori di questo campo strettamente giuridico p. es. in Liv. 32. 38. « ...eam (urbem)... velut fiduciariam dare, ut victori sibi restitueret ».

Le notizie in proposito risultano da molteplice vario ordine di fonti: la letteratura non giuridica, specie Cicerone in primo luogo, Boezio, Isidoro di Siviglia; gli scritti di diritto pervenutici all'infuori della compilazione giustinianea, quali le Istituzioni di Gaio, le Sentenze di Paolo, la Collatio ed i frammenti Vaticani; il materiale epigrafico, e particolarmente un'iscrizione scoperta nel 1887 a Pompei ed un'altra trovata alcuni anni prima, nel 1867, in Andalusia (1); le stesse fonti giustinianee, e precisamente passi del Digesto, restituiti nell'originario tenore. Della determinazione di quest'ultimo contingente andiamo debitori all'illustre prof. Lenel (2). Questi, spogliando metodicamente i frammenti del Digesto tolti dai commentarî dell'Editto pretorio e da altre opere giuridiche che seguono l'ordine di tale monumento, ha visto come della materia del pegno si tratti due volte, in due punti diversi, negli anzidetti commentarî od opere congeneri. Ecco così il commentario di Ulpiano, che parla del pegno una prima volta nel libro 28 accanto al commodato, e quindi, dopo di aver trattato di altre cose nel libro 29, di bel nuovo nel libro 30 accanto al deposito (3); ecco il commentario

---

1) Girard *Textes* pag. 783 e segg.; Bruns *Fontes* p. 1 pag. 291 e segg. (Per la prima vedi anche *Bullett. dell'Istit. di dir. rom.* a. 1 [1888] pag. 5 e segg. Spesso la si designa dicendo: *la mancipatio fiduciaria di Pompei.* — Per la seconda vedi anche Fadda *Istit. comm.* cit., pag. 201 e segg. La si indica frequentemente col nome di *tavola* o *formola betica*, dal luogo ove fu trovata, presso la foce del fiume Guadalquivir, nell'antica lingua latina *Baetis*).

2) Vedi la *Zeitschrift* cit. a pag. 7 n. *, vol. 3 [a. 1882] pagg. 104 e segg. e 177 e segg.; quindi *L'Edit* loc. cit. a pagg. 225-226 n. *.

3) Cfr. Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 583-585 e 618-619.

di Paolo, che nella stessa guisa parla del pegno accanto al commodato nel libro 29, e quindi, dopo aver svolto materia diversa nel libro 30, daccapo nel libro 31 accanto al deposito [1]; e così via per altri scritti analoghi, specie pei Digesti di Giuliano [2]. Ora, evidentemente, non può ammettersi che l'Editto del Pretore desse le formule del pegno in due punti diversi, ma è da ritenersi che uno di questi contenesse la formula del pegno e l'altro invece la formula di un altro istituto giuridico, ancora in vigore all'epoca dell'Editto ed a quella dei commentarî del medesimo e scomparso omai nell'età giustinianea; istituto avente natura e norma abbastanza prossima a quella del pegno, dal momento che i compilatori poterono adattare al pegno dei frammenti in cui di esso si parlava. Approfondendo le ricerche, Lenel riputava che si trattasse precisamente dell'azione nata dalla *fiducia*: quest'ultima in una delle sue funzioni serviva, appunto come il pegno, a dare una garanzia reale di pagamento dei crediti. Indagando poi ancora, l'insigne romanista poteva affermare che l'Editto si occupava della fiducia nel secondo dei due punti, in cui i frammenti dei commentarî e simili ci presentano, nella veste giustinianea, la materia del pegno; cioè accanto al deposito.

Per via delle iscrizioni recentemente scoperte e per via delle ricerche concludenti di Lenel si è rinnovata, almeno in parte, la base di studio dell'argomento che ora ci trattiene. E così, mentre da un lato gli scritti

---

[1]) Ivi, vol. I col. 1023-24 e 1027-28.

[2]) Lib. 11 e 13. Ivi, vol. I col. 344-345 e 353-355.

precedenti, non copiosi d'altronde e piuttosto frammentarî, hanno perduto in buona parte valore, sono apparsi in larga copia nuovi scritti, in genere pregevoli, che già a principio del paragrafo abbiamo segnalato.

130. — REQUISITI E SCOPI. Nella fiducia, atto complesso quale l'abbiamo descritto, rileviamo due elementi: 1) L'elemento materiale o reale, che è l'atto di alienazione. 2) L'elemento convenzionale, il *pactum fiduciae* in stretto senso o la *lex fiduciae*, che è una convenzione scevra di forme e distinta dall'atto di alienazione, colla quale si determina l'obbligazione dell'accipiente ([1]).

Quanto all'atto di alienazione, questo poteva essere certamente la *mancipatio* o la *in iure cessio*, le forme solenni di trapasso del dominio. Ma non sembra potesse essere anche la *traditio*; chè di *traditio* con convenzione o patto di fiducia nessun testo o documento parla; onde si esclude prevalentemente, pur non riuscendo a darne spiegazione chiara e sicura, che quest'altro modo di alienazione comportasse la *fiducia*.

Passando all'elemento convenzionale, dobbiamo dire che il più delle volte, secondo che appare dalle fonti, l'accipiente si obbligava a ritrasferire la proprietà all'alienante stesso, ossia a restituire la cosa nel senso stretto della parola; in casi meno frequenti l'obbligo dell'accipiente era di darla ad un terzo od in genere

---

[1]) Oertmann *Die Fiducia* cit. a pagg. 225-226 n. *, pag. 86 e segg. ed altri reputano invece la convenzione di fiducia una clausola o parte integrante dell'atto di alienazione. Ciò è contraddetto specialmente dalle due iscrizioni indicate a pag. 227.

di privarsene, come per es. per uno schiavo manomettendolo.

131. — Il negozio complessivo della *fiducia* serviva a molteplici diversi fini. La funzione più frequente, di cui si hanno esempî e testi in maggior copia (fra cui numerosi passi delle Pandette, riferiti dai compilatori al pegno, e le due iscrizioni di Andalusia e Pompei prima indicate) era quella di fornire una garanzia reale pei rapporti di credito; venendo trasmessa al creditore per assicurarlo del soddisfacimento del suo diritto, la proprietà di una cosa coll'obbligo di restituire la cosa stessa una volta che fosse soddisfatto (oppure, in progresso di tempo, di rendere l'eventuale *superfluum* in caso di vendita). Si parlava in tal caso di fiducia contratta *pignoris iure cum creditore* (1). In secondo luogo la fiducia serviva a realizzare un'operazione di deposito; il deponente trasferiva al depositario la proprietà della cosa da custodirsi ed il depositario si obbligava a ritrasferirne la proprietà, tostochè quegli avesse voluto riavere la cosa depositata. — Valeva a far ottenere gli effetti di un commodato, cioè a far godere ad altri l'uso gratuito determinato di una cosa. — La fiducia poteva esser rivolta ancora ad altri scopi cui più tardi sopperirono il mandato od i contratti innominati. Così,

---

1) Qui si mette capo alla dottrina del pegno, e più particolarmente alla storia della garanzia reale. A tal punto del Corso rimandiamo, non dovendo noi addentrarci in siffatto svolgimento speciale. Cfr. per tutti Costa *Corso* vol. 2 pag. 152 e segg. e gli autori ivi citati. Ricordiamo solo che il creditore usava rilasciare la detenzione e il godimento della cosa al debitore a titolo di locazione o di precario.

a realizzare una donazione *mortis causa*, trasferendosi la proprietà di una cosa ad una persona con obbligo di restituzione premorendo il donatario al donante; a dar forza obbligatoria ad una convenzione *de reddenda dote*; a realizzare una donazione per interposta persona, obbligandosi l'acquirente a ritrasferire la proprietà ad un terzo anzichè allo stesso alienante; a far conseguire la libertà ad uno schiavo, trasmettendolo in proprietà ad un individuo il quale si obbligasse a manometterlo, subito o dopo un certo tempo.

In tutte queste altre funzioni ed applicazioni — all'infuori di quella per prima dichiarata, di garanzia dei crediti — la fiducia si diceva contratta *cum amico* (1). Tali altre applicazioni mostrano in special modo, in confronto della *fiducia cum creditore*, l'elemento della *fides*, substrato generale del negozio (2).

132. — Riguardo alla esposizione fatta dobbiamo ora indicare due punti di disaccordo dalla *communis opinio*, che abbiamo riprodotta:

1) Un egregio autore tedesco (3) ha negato che la *fiducia cum amico* avesse scopi e caratteri assolutamente diversi da quelli della *fiducia cum creditore*, quali prima li abbiamo descritti. Egli ha espresso l'opinione

---

1) Singolare la designazione di *amicus* in confronto a *creditor!* dice Ferrini cit. a pagg. 225-226 n. *. Io, per verità, tanta stranezza non trovo.

2) Soggiungiamo che sopratutto poi ciò apparisce in quel caso che si presenta come il più antico, cospicuo e caratteristico di tal specie di fiducia (*cum amico*), vale a dire la fiducia a scopo di deposito.

3) Heck, cit. a pagg. 225-226 n. *.

che anche la *fiducia cum amico* servisse ugualmente ad una funzione di garanzia; differendo dall'altra solo per ciò, che essa si facesse, anzichè col creditore, con un estraneo, un banchiere d'ordinario, il quale, ricevendo la proprietà della cosa, si sarebbe vincolato personalmente verso il creditore per il debito del fiduciante. Così la *fiducia cum amico* sarebbe stata semplicemente una sottospecie della fiducia contratta *pignoris iure*. — Codesta dottrina fu combattuta in modo esauriente già in Germania (1) e quindi dal nostro Ferrini, all'opera del quale possiamo rimandare (2).

2) Più di questa opinione discordante interessa l'altra, che sostiene non aver la fiducia avuto mai in Roma la funzione del commodato.

Qui, in verità, non si tratta più di una sola voce dissenziente (3); nè, a voler essere sereni, le obbiezioni possono tutte vincersi tanto facilmente; specie il testo di Gaio che leggeremo poco più innanzi sembra militare a favore dei dissidenti, restringendo la fiducia *cum amico* alla funzione del deposito. D'altronde, a favore della *communis opinio* sta, che altre funzioni della fiducia *cum amico* diverse da quella del deposito pur risultano da altre fonti e fra tali altre funzioni se ne rilevano alcune a vantaggio dell'accipiente, sì come avviene nel commodato; quindi apparisce ben probabile che la fiducia po-

---

1) Oertmann, Niemeyer, Göppert e Pernice citt. a pagg. 225-226 n. *, (il primo pag. 146 e segg.; l'ultimo pagg. 135-136 n. 2).

2) loc. cit. a pagg. 225-226 n. *. Cfr. Costa *Corso* vol. 2 pag. 264 n. 14.

3) Oltre Heck sopracitato, Niemeyer cit. a pagg. 225-226 n. * e Karlowa *Röm. Rechtsgesch.* cit. a pag. 53 n. 6, vol. 2 pagg. 569-570.

tesse soddisfare anche allo scopo del commodato. Ma, di più, abbiamo dei testi delle Pandette, quattro precipuamente, in cui l'interpolazione di *depositum vel commodatum* in luogo di *fiducia* è sicura. Può ammettersi d'altronde, come consente l'opinione dominante, che la fiducia in funzione di commodato fosse di scarso uso ([1]).

133. — EFFETTI E SANZIONE. I diritti che in forza del semplice atto di trasmissione del dominio sarebbero pienamente e stabilmente spettati al fiduciario erano limitati e determinati dal *pactum fiduciae*, con quell'atto sostanzialmente congiunto e che ne fissava lo scopo.

Senonchè in antico siffatta convenzione di fiducia non era direttamente per sè stessa tutelata, sì che il fiduciante potesse pretenderne con un'azione l'adempimento. Egli si era affidato alla onestà e lealtà dell'acquirente, come la parola indica, e di lì non usciva il rapporto. Al qual proposito si presenta facile al pensiero il paragone colla prisca istituzione dei fedecommessi *mortis causa*; ed in generale si ricorda quanto fosse efficace e forte nell'antica Roma il sentimento della *fides*, in età di ristretti rapporti e sanità di costumi, per dedurne che tal sentimento potesse bastare a tutelare il debitore ([2]). Osserviamo d'altra parte, come l'alienante avesse la particolare garanzia morale risultante dalla pubblicità del trasferimento del dominio, nelle

---

[1]) Più ampiamente in proposito, specie per l'esegesi, Ferrini loc. cit. e Cuq *Les instit. jurid.* vol. 1 pag. 634 n. 3. Cfr. anche Girard *Manuel* pag. 517 n. 4 e Costa *Corso* vol. 2 pagg. 267-268.

[2]) Cfr. pagg. 126-127 per il contratto letterale e più in generale il nostro *Giuramento* cit. a pag. 34 n. *, pag. 3 e segg. Vedi pure Padelletti *Storia* cit., pag. 239.

forme anzidette della *mancipatio* o *in iure cessio*, fatto con uno scopo determinato, con una data riserva (*fiduciae causa*) (1). Ancora, l'alienante poteva rimettersi nel possesso della cosa senza commettere furto e mantenendosi per un anno in tale possesso riacquistato tornava ad essere proprietario della cosa (*usureceptio fiduciae*) (2). Infine, sin da principio si poteva rendere obbligatorio l'accordo ricorrendo al mezzo generale di rivestirlo della forma della *stipulatio*. — Tutto ciò, è chiaro, non costituiva una garanzia o tutela immediata, diretta, derivante dalla stessa convenzione di fiducia.

Siffatta garanzia e tutela non si ha, dobbiamo ritenere, che dopo l'introduzione del processo formulare; a breve distanza, del resto, dalla *lex Aebutia* (3). — In primo luogo l'Editto pretorio concede al fiduciante una azione *in factum* infamante contro il fiduciario infedele. Successivamente, intorno all'epoca di Q. Mucio, il *ius civile* riconosce nella convenzione di fiducia un vero contratto bilaterale imperfetto donde potevano derivare azioni di buona fede, diretta e contraria; precisamente, *actio fiduciae directa* a favore del fiduciante per l'esecuzione degli obblighi assunti col *pactum fiduciae* dal

---

1) Di qua forse si può trarre la spiegazione più probabile della inapplicabilità del *pactum fiduciae* alla *traditio*; cfr. pag. 229.

2) Perchè un anno solo indistintamente, ossia anche per i fondi? Non si riesce a trovare una soddisfacente giustificazione teorica; forse la cosa è derivata da motivi di pratica utilità. Cfr. Cuq *Les institut.* vol. I pag. 645 n. 3.

3) Qualche scrittore, autorevole, afferma che già prima, nel periodo delle *legis actiones*, si poteva agire; ma senza addurre valide ragioni, mentre vi sono invece efficaci argomenti in senso contrario.

fiduciario, e *actio fiduciae contraria* a favore di quest'ultimo per il rimborso di eventuali spese ed il rifacimento di eventuali danni.

In particolare circa l'*actio fiduciae directa,* aggiungiamo che essa stabilitasi originariamente per ottenere dal fiduciario che conforme all'accordo avesse a restituire l'oggetto od in genere a spogliarsi del medesimo, venne quindi estesa a garantire l'alienante contro qualsiasi trasgressione del patto ed ogni uso illecito della cosa; il fiduciario doveva considerare e trattare la cosa appunto come *fiduciae data*, restituirne o computarne i frutti ed altri acquisti, dedicarvi la stessa diligenza che per le cose proprie, onde rispondeva dei danni fino al limite della colpa *in concreto.*

La formula per l'*actio in factum* nella funzione più frequente di garanzia doveva essere concepita a un dipresso come segue: « Si paret, $A^m$ $A^m$ $N^o$ $N^o$ fundum quo de agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse (in iure cessisse) eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per $N^m$ $N^m$ stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit, tantam pecuniam ecc. »; pei casi di *fiducia cum amico contracta* va tolto il brano da « eamque pecuniam » a « solveretur ». La formula poi dell'*actio in ius* doveva esser foggiata sul modello ordinario delle azioni di buona fede: « Quod $A^{us}$ $A^{us}$ ($N^{us}$ $N^{us}$)... mancipio dedit (in iure cessit), quidquid ecc. » [1].

---

[1]) Cfr. Lenel loc. cit. a pagg. 225-226 n. *.

134. — Vediamo ora alcuni testi più importanti sull'argomento presente [1] dando la precedenza, come sempre, alle fonti giuridiche.

*a*) Gai. 2.59-60; 3.201; 4.62 e 182: « Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit [2]; nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, *etiam* soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. — Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud *eum sint* [3]; *et* siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit, nondum vero

---

[1]) Un quadro completo e opportunamente suddiviso delle fonti trovasi nella monografia di Oertmann cit., pag. 5 e segg.

[2]) Prima Gaio parla della *lucrativa pro herede usucapio.*

[3]) Ecco il punto di Gaio preannunziato a pag. 232 a proposito della dottrina escludente che la fiducia potesse venir adoperata in funzione di commodato. E per verità, come là riassuntivamente abbiamo osservato, il « quo tutius ecc. *sint* » non comprende la suddetta funzione, per quanto si sia cercato di intendere con larghezza tale proposizione; e l'argomento si rinforza per ciò, che Gaio non adduce le due applicazioni della fiducia « pignoris iure » e « quo tutius ecc. *sint* » come esempî, con un *velut*, ma come le due sole possibili, con un « aut..... aut ». — A tal proposito conviene di citare i quattro passi delle Pandette, pure a pag. 233 preannunciati, che costituiscono invece un solido fondamento per la teoria opposta da noi seguita: L. 31 D. *de pigner. act.* 13. 7; L. 1 § 47 D. *depositi* 16. 3; L. 16 D. *de O. et A.* 44. 7; L. 6 D. *de stipul. serv.* 45. 3. Si richiamano le citazioni di pag. 233 n. 1; aggiungendo Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 30 n. 3 e vol. 2 col. 136 n. 2.

soluta ita demum conpetit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa ususcapio conpetit. — ... interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse. Item debitor rem quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus (1), sine furto possidere et usucapere potest. — Sunt... bonae fidei iudicia haec; ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae (2). — Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum; item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi (3)... ».

Paul. 2. 13. 1 e 7: « Debitor distractis fiduciis a creditore de superfluo adversus eum habet actionem. — Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda, quae impendit, iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium » (4).

---

1) 2. 59-60 sopra trascritto.

2) Questa enumerazione dei *bonae fidei iudicia* si completa d'ordinario col § 28 I. *de action.* 4. 6; cfr. Girard *Textes* h. l. pag. 313 n. 3, colle riserve ivi indicate.

3) Adde e cfr. *Lex Iulia municip.* l. III (Bruns *Fontes* p. I pag. 110, Girard *Textes* pag. 85) e *Fragm. Atest.* (ivi rispettivamente pag. 103 e pagg. 77-78); ancora L. 1 D. *de his qui not. inf.* 3. 2, dove è da ritenersi che i compilatori abbiano soppresso la menzione della fiducia.

4) Adde e cfr. LL. 8 pr. e 25 D. *de pigner. act.* 13. 7 originariamente relative alla *fiducia.*

Collatio 10. 2. 2: «... et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit» (1).

*b*) Cicero *de offic.* 3. 15. 61 e 17. 70: «... dolus malus et legibus erat vindicatus... et sine lege iudiciis, in quibus additur *ex fide bona*. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt... in fiducia, *ut inter bonos bene agier*. Quid ergo?... cum dicitur *inter bonos bene agier*, quicquam agi dolose aut malitiose potest?... — ..... quanti verba illa: *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim!* (2); quam illa aurea: *ut inter bonos bene agier oportet* (3) *et sine fraudatione!*..... fideique bonae nomen existimabat (Q. Mucius Scevola) manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus fiduciis datis... in iis magni esse iudicis statuere, prae-

---

1) Accanto a questo testo che nell'accoppiamento del *fiduciae iudicium* coll'*actio rei uxoriae* mostra essere la responsabilità, pur nel primo caso, quella della *diligentia quam suis*, si può citare la L. 18 pr. D. *commodati* 13. 6 dove secondo ogni probabilità la frase finale « sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet » originariamente parlava di *fiducia* anzichè di *pignus* (come vedremo meglio trattando del commodato); e si può citare ancora la L. 32 D. *depositi* 16. 3, dove i compilatori pure avrebbero mutato, sostituendo *deposito* a *fiducia* (cfr. Cuq *Les instit.* vol. 1 pag. 646 n. 3).

2) Mommsen nella *Zeitschrift* cit. a pag. 7 n. *, vol. 6 [a. 1885] pagg. 273-274 vede in queste parole probabilmente una formula aggiunta al contratto verbale di *stipulatio*, onde si fosse resa obbligatoria la convenzione di fiducia (cfr. qui pag. 234), per temperare gli effetti dello *strictum ius* proprî di quel contratto e farne derivare quelli della *bona fides* (cfr. qui, pagg. 103-104). Lo segue Girard *Manuel* pag. 518 n. 3.

3) Cfr. ancora *Epist. ad famil.* 7. 12. 2 « ... illa... formula fiduciae *ut inter bonos bene agier oportet* » e *Topic.* 17. 66.

sertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret ».

Idem *Top.* 10. 42: « Si tutor fidem praestare debet, si socius, si, cui mandaris, si, qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator ».

Idem *pro Roscio com.* 6. 16: « Si qua... sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit » (1).

Boeth. in Cic. *Top.* l. cit.: « Fiduciam... accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; velut, si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus, quod suspectum est, praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur » (2).

Isidor. *Origin.* 5. 25. 23: « Fiducia est cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur » (3).

135. — SCOMPARSA. La fiducia scomparve nell'epoca romano-ellenica (3° secolo dopo Cristo), col venir meno delle forme della *mancipatio* e della *in iure cessio* cui si collegava. — In qualche fonte posteriore (una legge

---

1) Adde *pro Caecin.* 3. 7 e *de natura deorum* 3. 30. 74.

2) In Bruns *Fontes* p. 2 pag. 77.

3) In Bruns *Fontes* p. 2 pag. 85. Questa è soltanto la *fiducia cum creditore,* la più importante e usuale del resto, come ripetutamente dicemmo. Più larga e generale è la precedente definizione di Boezio.

del 395 dopo Cristo ([1]), una lettera di Sidonio Apollinare ([2]), un documento ravennate della metà circa del 5° secolo ([3])), troviamo bensì ancora la parola *fiducia* ma non più il nostro specifico istituto. — Dentro il limite di tempo sopraindicato fu specialmente la fiducia in funzione di garanzia reale quella che conservò vigore.

In seguito alla scomparsa dell'istituto in discorso furono fatte numerose interpolazioni nei frammenti del Digesto, come già a principio della trattazione ([4]) abbiamo accennato. — Particolarmente, per ciò che si attiene alla suddetta funzione di garanzia reale, le espressioni *fiducia, fiduciae causa mancipio dare* o *accipere, fiduciae dare* o *accipere* e simili vengono metodicamente tolte senz'altro dai compilatori e sostituite colle altre *pignus, pignoris causa dare* (*tradere*) o *accipere, pignori dare* (*tradere*) o *accipere* e simili; *actio pigneraticia* si mette in luogo di *actio fiduciae*. Così p. es. nelle LL. 6, 8 e 22 D. *de pignerat. act.* 13.7 ([5]), nella L. 36 D. *de peculio* 15.1 ([6]), nella L. 16 D. *de oblig. et action.* 44.7 ([7]). —

---

[1]) L. 9 C. Theod. *de infirmandis his* 15. 14, di Arcadio ed Onorio.

[2]) 4. 24.

[3]) Marini *I papiri diplomatici* Roma 1805 nr. 73 pag. 108.

[4]) Pagg. 227-228.

[5]) Nel § 3 della L. 8 la parola « eam », discordante, mostra ancora l'interpolazione (*rem* ins. Hal.).

[6]) Cfr. qui per il « *captus fraudatus* ecc. il passo di Cicerone *de off.* trascritto a pag. 238.

[7]) Cfr. in rapporto a questi varî testi Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 146-147, 618, 392 e vol. 1 col. 354; e più ampiamente in materia vedi H. Appleton cit. in n. * a pag. 225. — E così nel § 28 I. *de action.* 4. 6, i compilatori al *iudicium fiduciae* di Gaio 4. 62 (trascritto a pag. 237) sostituiscono *actio pigneraticia*; come nel

Altri testi in cui pure originariamente parlavasi di fiducia, ma in funzioni diverse dalla precedente (deposito, commodato, ecc.), abbiamo avuto già occasione di citarne [1]; e possono aggiungersi, p. es., L. 27 § 1 D. *mandati* 17.1, L. 49 § 1 D. *soluto matrimonio* 24.3, L. 42 pr. D. *de mortis causa donat.* 39.6 [2].

---

§ 2 I. *de poena temere litig.* 4. 16 in confronto con Gai. 4. 182 non si parla più di quell'azione.

In un'opera recentissima, iniziata davvero in modo lodevole, di Manigk *Pfandrechtliche Untersuchungen — Zur Gesch. der röm. Hypothek* [Ricerche sul diritto di pegno — Contributo alla Storia dell'ipoteca romana] p. 1 Breslau 1904 si avverte (specie pagg. 17-18 n. 2 e pagg. 86-87) di non eccedere poi nello scoprire interpolazioni nella presente materia. Particolarmente l'Autore dichiara che non è da ritenersi sempre interpolata, come vorrebbe Gradenwitz, l'espressione *pignoris causa tradere* o *accipere*; se nel Digesto e nel Codice si contano complessivamente circa sessanta modi di dire diversi per significare la costituzione di un diritto di pegno, può e deve ragionevolmente parerci sempre anomala e quindi non genuina la suddetta espressione? E se si può ammettere interpolata la L. 8 D. *de pignerat. act.* 13. 7, di Pomponio *lib. 35 ad sabinum* (cfr. n. 5 a pag. 240 e pag. 237 n. 4), risulta d'altra parte infondata l'opinione di Lenel che in tutto il detto libro 35 di Pomponio si parlasse della fiducia e che *pignus*, in questo, sia sempre interpolato.

[1]) Vedi pag. 236 n. 3.

[2]) Cfr. Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 214, 1233 i. f., 939. — Per la L. 27 § 1 cit. vedi anche Lenel *L'Edit* vol. 2 pag. 5 n. 6. — Nella L. 49 § 1 cit. l'interpolazione risulta evidente nel confronto con Vatic. fragm. 94. — Per la L. 42 pr. cit. vedi da ultimo C. Appleton *Hist. de la compensation en droit rom.* Paris 1895 pag. 326 e segg. (specie pagg. 328-329). *a)* Nell'inizio del testo « Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit » il giureconsulto invece di « traditionibus » deve aver scritto *mancipationibus*, giacchè la riserva di un usufrutto era ammissibile nella *mancipatio* e non nella *traditio* (Vatic. fragm. 47[a]). *b)* Più avanti, nella frase

§ 10.

## Gli altri contratti reali in generale

Cenno storico (pag. 243) — Caratteri e confronti (pag. 249)

136. — Proseguendo nella nostra trattazione, ci troviamo ora dinanzi agli altri tre contratti che insieme al mutuo costituiscono il gruppo giustinianeo dei contratti reali: *commodato*, *deposito*, *pegno*.

Prima di parlare singolarmente di ciascuno di essi, conviene che esponiamo alcune osservazioni generali collegandoci alla materia della *fiducia* di cui abbiamo finito ora la trattazione. — Siffatto collegamento, che non è semplicemente esterno o di metodo ma di so-

---

« bonae fidei autem iudicio constituto » dobbiamo, per avere il testo originario, mettere al posto di « bonae fidei » appunto *fiduciae*; il cambiamento riuscì facile e naturale ai compilatori e per la materiale simiglianza delle parole (*fidei*, *fiduciae*) e perchè l'*actio fiduciae* era eminentemente un *iudicium bonae fidei*, come sappiamo. Altrimenti, si osserva che ad una *condictio* anzitutto non è possibile assolutamente pensare; quanto all'*actio praescriptis verbis*, perchè non la si sarebbe indicata colla chiara espressione *actio civilis in factum*, che Papiniano stesso, autore del testo discusso, usa altrove (L. 1 § 1 D. *de praescr. verb.* 19. 5)? e comunque, rimane il dubbio se l'*actio praescriptis verbis* poteva servire ad ottenere un ritrasferimento di proprietà ed era per sè stessa un'azione di buona fede. Dubbî e difficoltà spariscono tutti quando si faccia intervenire l'*actio fiduciae*.

Giunti alla fine del paragrafo, per maggiori notizie e discussioni rinviamo, pei trattati generali, di preferenza a Cuq *Les institutions* vol. 1 pag. 641 e segg. e vol. 2 pag. 381 n. 1 e Girard *Manuel* pag. 514 e segg.; a quest'ultimo particolarmente ci siamo attenuti nell'esposizione fatta.

stanza, vale a spiegare l'ordine di svolgimento che abbiamo tenuto in questo capitolo dei contratti reali.

137. — CENNO STORICO. Abbiamo veduto nel paragrafo precedente la fiducia usata anche in funzione di commodato, deposito, pegno. — Non è sfuggita certamente la considerazione che il fine rispettivo delle operazioni suddette si otteneva, per tal via della fiducia, con notevole riduzione della posizione giuridica di chi dava la cosa, ossia del fiduciante; da proprietario che era, egli diventava semplicemente creditore, tutelato in questo suo minor diritto, in progresso di tempo, dall'*actio fiduciae*. Non avrebbe potuto quindi agire contro il terzo cui il fiduciante, pur contravvenendo al *pactum fiduciae*, avesse alienato la cosa, per riaverla. E se il fiduciario non avesse alienato in tal guisa l'oggetto ma fosse divenuto insolvente, il fiduciante daccapo non avrebbe potuto riaverlo per sottrarlo ai creditori; mentre egli stesso non era più che un semplice creditore. Questi erano inconvenienti; che dimostrano come vera base e saldo fondamento dell'istituto non potesse essere che l'ossequio ed il rispetto alla *fides*, a quella *fides* che aveva fatto nascere l'istituto stesso ed alla quale solo imperfettamente sopperiva la tutela del diritto positivo.

Ed ecco che si pensa a raggiungere gli intenti del commodato, del deposito e del pegno, in altro modo, senza il suddetto grave spostamento di diritto; spostando soltanto la detenzione nel commodato e nel deposito ed il possesso nel pegno. Abbiamo così davanti il contenuto ed il meccanismo dei tre contratti reali indicati. — Ma non ebbe subito apposita tutela personale *la convenzione*

rispettiva che accompagnava il suddetto trapasso della detenzione o del possesso, ossia *il contratto*. La tutela fu quella della *rei vindicatio*; con che chi aveva consegnata la cosa, essendone rimasto proprietario, a differenza dell'alienante con *fiducia* poteva ripetere la cosa stessa. Si aggiungano delle azioni a titolo di delitto: l'*actio furti* per l'illecita appropriazione da parte dell'accipiente; l'*actio legis Aquiliae* per i danni recati alla cosa; un'azione penale particolare, *in duplum*, ammessa già dalla legge delle dodici Tavole, contro il depositario infedele [1].

Un'ultima fase è quella in cui le convenzioni di commodato, deposito, pegno sono riconosciute veramente quali contratti, sono munite cioè di azioni proprie, personali, derivanti dall'accordo, dalla convenzione che si accompagnava alla consegna della cosa. — Quest'ulteriore passo rappresenta un progresso; e d'ambo i lati, ossia per tutte due le parti: *a)* Progresso per il tradente; che può anche essere non proprietario, ed ove lo sia non è costretto tuttavia a dare la difficil prova della *rei vin-*

---

[1]) Per quest'ultimo punto vedi Paul. 2. 12. 11 (nella Collatio 10. 7. 11): « Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum ». L'azione *in duplum* affermata nella prima parte di questo testo non può essere l'azione del *contratto* di deposito, riconosciuto come tale, ossia come convenzione obbligatoria, molto più tardi; dev'essere un'azione *penale* scaturente dal *delitto* del depositario che manca alla fede data; quest'ultimo è parificato al *fur nec manifestus*, come il *tutor distrahens*. Cfr. e vedi Cuq *Les instit.* vol. 1 pag. 639 e segg, Girard *Manuel* pag. 522 n. 1, Ferrini *Manuale* pag. 670 n. 1 e Costa *Corso* vol. 2 pag. 257. Analogia in altre legislazioni antiche, fra cui la legge di Hammurabi recentemente scoperta, 124 (edd. Kohler e Peiser, 1904).

*dicatio*; che può agire contro l'accipiente anche quando questi non abbia più in sue mani la cosa, senza subir lo svantaggio di doversi rivolgere contro il terzo detentore; che, agendo *ex contractu* anzichè *ex delicto*, può convenire anche gli eredi e chieder ragione puranco della colpa *in non faciendo. b)* Progresso per l'accipiente; il quale prima assolutamente senza tutela (con eccesso contrario in confronto del caso della *fiducia*) ora, riconosciuto il vincolo contrattuale, ha mezzo di ottenere che si rispetti la convenzione e ancora che gli si rifondano danni e spese.

138. — Il movimento in quest'ultima fase dello sviluppo descritto avviene nella stessa guisa che abbiamo visto per la materia della fiducia (1). Comincia il Pretore, concedendo al tradente nei varî casi un'*actio in factum* per la restituzione della cosa; e compie l'opera il *ius civile* riconoscendo nelle convenzioni di commodato, deposito e pegno altrettanti contratti bilaterali imperfetti, sanzionati da azioni di buona fede, diretta e contraria.

Ma qui il riconoscimento dell'accordo, ossia del rapporto contrattuale, avviene più tardi che in materia di fiducia (2) e notevolmente più tardi in confronto del mutuo (3); chè le azioni di commodato, deposito e pegno sembrano non ancora sorte al tempo della *lex Iulia municipalis*, cioè nel 45 a. C. (4). Dopo quest'epoca però

---

1) Cfr. pagg. 234-235.

2) Cfr. pag. 234.

3) Cfr. pag. 152.

4) Infatti questa legge indicando le azioni infamanti (loc. cit. a pag. 237 n. 3) non menziona l'*actio depositi*, che è tale; e le

non abbiamo da fare grande cammino; la duplice formula, *in factum* e *in ius*, possiamo ritenerla esistente al tempo di Augusto ed anche già sotto i triumviri [1].

139. — Abbiamo parlato, anche da ultimo, di duplice formula, *in factum* e *in ius*; chè l'azione civile *in ius*,

---

tre nostre azioni poi (*commodati, depositi, pigneraticia*) si devono ritenere quasi contemporanee. Nell'enumerazione di azioni di buona fede che Cicerone fa più volte nelle sue opere (*de offic.* 3. 17. 70; *de natura deor.* 3. 30. 74; *pro Caec.* 3. 7; *Top.* 10. 42 e 17. 66) le nostre tre azioni non ci sono. E conviene ancora far rilevare qui, con Cuq (*Les instit. jurid.* vol. 2 pag. 380 n. 3) ed altri, il silenzio di Gaio nelle sue Istituzioni 3. 90 e segg., dove soltanto del mutuo si parla in materia di contratti reali; « c'est sans doute (dice Cuq cit.) que le droit civil n'avait sanctionné ces autres contrats qui se forment *re* qu'à une époque récente et que, dans l'enseignement élémentaire, on s'en tenait à l'énumeration consacrée par un long usage »; è nelle *res cottidianae* che Gaio menziona e descrive anche questi altri contratti reali (L. 1 § 3 e segg. D. *de obligat. et action.* 44. 7). — Che se nella L. 5 § 3 D. *commodati* 13. 6 (Ulp. *28 ad ed.*) si cita Quinto Mucio a proposito della misura di responsabilità del commodatario, noi possiamo ben ritenere che questo giureconsulto parlasse della *fiducia* in funzione di commodato (cfr. pagg. 230 e 232-233) e che Ulpiano ne abbia adattata la sentenza al posteriore contratto speciale di commodato.

[1]) Vedi pel commodato L. 18 § 3 D. *de dolo malo* 4. 3, L. 5 §§ 6-7 D. *commodati* 13. 6, L. 36 D. *de condict. indebiti* 12. 6, L. 29 pr. D. *de legat.* III (32), L. 28 e L. 39 pr. e § 1 D. *de auro argento* 34. 2, L. 6 D. *de stipul. serv.* 45. 3; pel deposito L. 1 § 41 e L. 21 § 1 D. *depositi* 16. 3, L. 31 D. *locati cond.* 19. 2, L. 39 § 1 D. *de auro argento* cit., L. 3 § 18 D. *de adquir. vel amitt. possess.* 41. 2, L. 2 § 7 D. *pro emptore* 41. 4, L. 6 D. *de stipul. serv.* cit., L. 35 D. *de solution. et liberat.* 46. 3; per il pegno L. 30 D. *de pignerat. act.* 13. 7. Ci si presentano qui i nomi di giureconsulti anteriori a Labeone: A. Ofilius; P. Alfenus Varus; Aufidius Namusa; A. Cascellius; C. Trebatius Testa; veteres.

posteriormente sorta, non fece tramontare la prima azione pretoria *in factum*.

L'esistenza della doppia formula è attestata da Gaio (4. 47) sì pel commodato che pel deposito; e riguardo al deposito Gaio ci dà anche lo schema:

« ... ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula quae ita concepta est: *Judex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato n. r.* (1). *si non paret, absolvito,* in ius concepta est. At illa formula quae ita concepta est: *Iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. si non paret absolvito*, in factum concepta est (2). Similes etiam commodati formulae sunt » (3).

---

1) Ordinariamente questa sigla viene sviluppata con *nisi restituat* (*restituet*). Di quest'avviso era anche Lenel nell'opera sua originale sull'Editto (a. 1883); ma ora nella traduzione francese di questa stessa opera (*L'Edit* vol. 2 pag. 2 n. 5) egli dubita fortemente della bontà di siffatta restituzione, per non dire che proprio la esclude; inclinando a ritenere piuttosto che quel *n. r.* sia semplicemente frutto di un errore, provocato dalla successiva sigla *s. n. p. a.* (*si non paret, absolvito*). Più ampiamente veggasi lo stesso Lenel e per altri autori Dubois *Institutes de Gajus* cit. a pagg. 155-156 n. 2, pagg. 434-435 nota 208; cfr. poi Girard *Textes* pag. 310 n. 3.

2) Cfr. anche 4. 60.

3) E proprio analogo doveva essere lo schema pel commodato, escluse le parole « dolo malo » nella formula *in factum*. Cfr. Lenel *L'Edit* vol. 1 pagg. 291-292.

Non si deve esitare ad ammettere la duplice formula anche per il terzo contratto, cioè per il pegno, dopo gli studî di Lenel sull'Editto (1).

Questi stessi studî di Lenel hanno dimostrato che la formula *in factum* è la più antica ed importante, quella che servì di base ai commentatori per costruire la teoria del rispettivo contratto; onde risultano false le precedenti dottrine che nella formula *in factum* vedevano un complemento della formula *in ius* ammesso per eccezione in casi speciali. D'altronde la tutela posteriore più ampia da parte del *ius civile,* per via di azioni diretta e contraria — non sembrando che la ragione contraria abbia avuto, al pari della ragione diretta, il precedente di una formula *in factum* — è quella per cui le tre convenzioni di commodato, deposito e pegno sono divenute dei veri contratti (2).

---

1) Vol. I pag. 294. Per affermare che anche relativamente al contratto di pegno vi fosse una formula *in ius concepta,* oltre la formula *in factum concepta,* Lenel si fonda su questi argomenti: *a)* L'essere l'*actio pigneraticia* annoverata fra le azioni *bonae fidei* (§ 28 I. *de action.* 4. 6 e L. 6 C. *de pigner. act.* 4. 24). *b)* L'esserci, oltre l'*actio pigneraticia directa,* un *actio pigneraticia contraria*; mentre noi riscontriamo che per tutti i rapporti giuridici producenti azione diretta e azione contraria esisteva una formula *in ius concepta,* o sola, o accanto ad un'altra. *c)* La L. 13 pr. D. *de pignerat. act.* 13. 7, dove leggiamo « ob hanc conventionem *pigneraticiis actionibus* teneri creditorem »; plurale che non si può spiegare se non ammettendo appunto una duplice formula.

2) Cfr. e vedi per tutto questo Girard *Manuel* pag. 521 e segg. Aggiungi Ferrini *Op. cit.* in n. * a pag. 225, pag. 3 e segg. (vol. 52 pag. 469 e segg.; pag. 246 e segg.); da quest'ultimo A. sono esposte e criticatamente esaminate le varie dottrine escogitate per spiegare la duplicità di formula nei nostri contratti. (Prima

140. — CARATTERI E CONFRONTI. I tre contratti in discorso presentano dei caratteri comuni, che sono differenziali invece in confronto di quelli del mutuo; quanto al modo di formazione e quanto agli effetti:

1) Quanto al modo di formazione, nei contratti anzidetti non si opera, a differenza che nel mutuo, trapasso di proprietà; come abbiamo detto [1] e a suo luogo singolarmente attesteremo, semplici detentori sono il commodatario ed il depositario, e possessore *ad interdicta* è il creditore pigneratizio [2].

2) Quanto agli effetti, i nostri contratti sono tutti contratti di buona fede [3]. — E sono contratti bilaterali o sinallagmatici imperfetti. Da ciascuno di essi deriva necessariamente e direttamente soltanto un rapporto di credito, a favore del *tradens*, per la restituzione della cosa; credito tutelato dalle rispettive azioni dirette, *commodati*, *depositi*, *pigneraticia*. Ma eventualmente e indirettamente può derivarne anche un altro credito, a vantaggio dell'*accipiens*, per indennità di spese fatte o di danni sofferti; credito che si può far valere o *com-*

---

di Ferrini, uguale rassegna critica in Ubbelohde *Op. cit.* a pag. 147, pag. 13 e segg.).

[1]) Cfr. pag. 243.

[2]) Vedi specialmente: LL. 8-9 D. *commodati* 13. 6; L. 17 § 1 D. *depositi* 16. 3; L. 16 D. *de usurp. et usucap.* 41. 3.

[3]) § 28 I. *de action.* 4. 6; L. 3 § 2 D. *commodati* 13. 6; L. 1 § 23 D. *depositi* 16. 3; L. 36 D. *de peculio* 15. 1 e L. 6 C. *de pigner. act.* 4. 24. È ben probabile che nell'elenco delle azioni di buona fede che dà Gaio 4. 62, manchino due delle nostre tre azioni (l'*actio commodati* e l'*actio pigneraticia*; e non anche l'*actio depositi*, come dice, per svista, Girard *Manuel* pag. 1006 n. 4) unicamente per una scorrettezza del manoscritto (cfr. pag. 237 n. 2).

*pensando,* di fronte all'azione in restituzione mossa dal *tradens* (1), o per via di un'azione distinta, la rispettiva azione contraria, *commodati*, *depositi*, *pigneraticia* (2). — La restituzione va fatta *in specie*, onde il debitore non è tenuto per la perdita fortuita della cosa. — L'azione che tutela ciascun contratto è specifica o esclusiva.

Anche in tutto questo è diverso il mutuo; contratto di stretto diritto; assolutamente unilaterale; in cui si restituisce il *tantundem*, onde il mutuatario, debitore di *genus*, non è liberato per la perdita fortuita di ciò che ha ricevuto; che non è munito di un'azione particolare, esclusiva (3).

Che se vogliamo confrontare i presenti contratti coll'altro contratto reale, pregiustinianeo, della *fiducia*, troviamo che sussiste la differenza del nr. 1), mentre spariscono quelle del nr. 2). — Così la *fiducia* è pari ai nostri contratti nei punti del nr. 2); pari invece al mutuo nel punto del nr. 1).

141. — Aggiungiamo qualche osservazione coordinata alle dichiarazioni ora fatte.

In rapporto al nr. 1) è facile ricavarne che i suddetti contratti possono venir conclusi da chi non abbia la proprietà della cosa (4). Ma naturalmente l'*accipiens* non

---

1) Gai. 4. 61-63.

2) L'esistenza di quest'altra azione appare già nella rubrica dei relativi titoli del Digesto: *commodati vel contra* 13. 6; *depositi vel contra* 16. 3; *de pigneraticia actione vel contra* 13. 7.

3) Cfr. pagg. 178-179, 191-192.

4) Vedi rispettivamente pei tre contratti: LL. 15-16 D. *commodati* 13. 6; L. 1 § 39 D. *depositi* 16. 3; L. 9 § 4 D. *de pignerat. act.* 13. 7.

potrebbe opporre il vincolo contrattuale al *dominus*, per non restituirgli la cosa; come restituendo a quest'ultimo, egli dall'obbligo contrattuale riman liberato (1).

In rapporto al nr. 2) si osserva come la facoltà spettante all'*accipiens* di far valere le eventuali sue ragioni di indennità *compensando* in confronto dell'azione intentata dal *tradens* per la restituzione — onde il giudice, non addivenendosi alla restituzione in natura, condanna l'accipiente stesso soltanto alla differenza fra il valore della cosa, oggetto del contratto, e l'importo dell'indennizzo che compete all'accipiente — può a primo aspetto far credere superflua l'azione contraria.

Ma, riflettendo, — anche a prescindere dalla questione del rapporto cronologico fra i due mezzi (2) — in sostanza questa superfluità non esiste. Infatti può darsi che l'accipiente abbia da far valere un diritto ad indennità senza esser chiamato in giudizio dal tradente, come quando è estinto il credito di questo per essere perita la cosa senza colpa dell'accipiente oppure l'entità della ragione contraria uguaglia od oltrepassa il valore della cosa per modo che non havvi interesse di domandare la restituzione; ed anche conviene di proteggere il tradente contro la negligenza od il malvolere del giudice che non ammetta la compensazione (3).

---

1) L. 31 § 1 D. *depositi* 16. 3.

2) Si inclina a ritenere che l'*actio contraria* sia il mezzo più recente; come si ammette poi generalmente che l'*actio contraria* sia meno antica della rispettiva *actio directa*. Vedi in proposito specialmente Pernice *Op. cit.* a pag. 104 n. 1, pag. 257 e segg.

3) Vedi: L. 18 § 4 D. *commodati* 13. 6; L. 8 pr. D. *de pigner. act.* 13. 7 (testo in origine relativo alla *fiducia*; cfr. qui pag. 240 n. 7); cfr. L. 1 § 8 D. *de contraria tutelae* 27. 4.

Analogamente può riuscir vano il *ius retentionis* di cui pure gode l'accipiente nel commodato [1], nel pegno [2], ed anche nel deposito prima di Giustiniano [3].

142. — Ed ora esponiamo singolarmente, in altrettanti paragrafi, la dottrina dei tre contratti in discorso — *commodato*, *deposito*, *pegno* — i quali presentano degli elementi differenziali, che si collegano specialmente al diverso contenuto e scopo economico delle tre operazioni [4].

---

[1]) L. 15 § 2 D. *de furtis* 47. 2.

[2]) Come pure nella *fiducia*: L. 8 pr. D. cit. in n. 3 a pag. 251.

[3]) Collatio 10. 2. 6. Giustiniano tolse al depositario il *ius retentionis*, non meno che il *ius compensationis*: L. 11 C. *depositi* 4. 34.

[4]) Anche qui pei nr. 140-142 cfr. specialmente, fra gli autori più recenti, Girard *Manuel* pagg. 523-524; e per tutto il paragrafo, nei tratti fondamentali, vedi da ultimo Ferrini *Manuale* pag. 669 e segg.

# INDICE

## CAPITOLO SECONDO

### I contratti reali

§ 8. Il mutuo . . . . . Pag. 148
Definizione e terminologia — Cenno storico (pagina 151) — Requisiti (p. 153) — Effetti (p. 178) — Prova (pag. 192)
Casi speciali: Mutuo marittimo (pag. 196). Mutuo di denaro ad un filiusfamilias (pag. 206)
§ 9. La fiducia . . . . . » 225
Nozione e fonti — Requisiti e scopi (pag. 229) — Effetti e sanzione (p. 233) — Scomparsa (p, 239)
§ 10. Gli altri contratti reali in generale . . » 242
Cenno storico (pag. 243) — Caratteri e confronti (pag. 249)

NB. *L'indice completo del capitolo secondo sarà dato nel fascicolo seguente.*

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

UNIVERSITÀ DI TORINO

*Anno scolastico 1905-06*

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 8

1906

Fascicolo 3°

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 8

1906

FEB 9 '27

## § 11.

## Il commodato *

Definizione e terminologia — Requisiti (pag. 258) — Effetti: I Obbligazioni del commodatario (pag. 272); II Obbligazioni del commodante (pag. 307); III Azioni (pag. 310)

143. — DEFINIZIONE E TERMINOLOGIA. Il *commodato* è quel contratto reale per cui una persona, che dicesi *commodante*, consegna ad un'altra, che dicesi *commodatario*, una cosa, affinchè se ne serva gratuitamente per un uso determinato, coll'obbligo di restituire quindi la stessa cosa ricevuta.

144. — Le fonti più antiche indicano coll'espressione *utendum datum* il negozio in discorso; in progresso di tempo, e certamente già nella redazione edittale del ce-

---

* Paul. 2. 4; § 2 I. *quib. modis re* 3. 14 [15]; Dig., tit. *commodati vel contra* 13. 6; Cod., tit. *de commodato* 4. 23.

Lo scritto più recente e importante della non ricca letteratura speciale è quello di Ferrini, che già abbiamo avuto occasione di citare più volte nei due ultimi paragrafi. (Vedi pagg. 225-226 n. *; le pagine iniziali nell'*Archivio giuridico* sono rispettivamente pag. 469 e segg. pel vol. 52, e pagg. 41 e segg. e 257 e segg. pel vol. 53; e nella traduzione del *Commentario* di Glück al nostro titolo, pur oggi pregevole, le appendici originali di Ferrini, che come l'Autore stesso dichiara, riproducono appena con qualche lieve modificazione e ritocco il suddetto scritto, cominciano a pag. 246). Dell'opera di Ferrini facciamo tesoro nella presente trattazione. (Citeremo sempre tutti i luoghi secondo l'ordine indicato, cioè: l'estratto; i volumi dell'*Archivio giuridico*; le appendici al *Comm.* di Glück). — Aggiungi la voce *Commodatum* nel *Dictionn.* di Daremberg e Saglio vol. 1 p. 2, pagg. 1409-10 (di Humbert; ivi per la Grecia, Caillemer) e nella *Real-Encyklop.* di Pauly vol. 4 col. 771 e segg. (di R. Leonhard).

lebre Salvio Giuliano, sottentra la voce *commodatum*. — Alla primitiva espressione si collegano le altre *utendum rogare (petere)* e *utendum accipere*; alla espressione più recente si collega *commodare (= commodo dare)* (1). Ma le frasi *utendum rogare* e *utendum accipere* si veggono adoperate, sebbene con minor frequenza, anche quando il contratto non dicesi più *utendum datum*, bensì *commodatum*; com'è da soggiungere, che anche dopo avvenuta questa sostituzione di termini il contenuto del negozio viene pur sempre indicato normalmente con *uti* e suoi derivati (2).

145. — § 2 I. *quib. mod. re* 3. 14 [15]: « Item (3) is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur (4).... commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum ».

L. 1 pr. e § 1 D. *commodati vel contra* 13.6 (Ulp. *28 ad edictum)*: « Ait praetor: *Quod quis commodasse dicetur, de eo iudicium dabo*. — Huius edicti interpretatio non

---

1) Isidor. 5. 25. 16 (in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 84): « ..... apud eum commodo sit, unde commodatum dictum est ».

2) Ferrini (*Op. cit.* pag. 34 e segg.; nell'*Archivio giur.* vol. 53 pag. 41 e segg.) fa un'interessante analisi di *uti, usus* nelle fonti giuridiche in genere e più specialmente in rapporto al commodato.

3) Cfr. pr. e § 1.

4) Cfr. L. 1 § 3 D. *de obl. et action.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*).

est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi [dati?] fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait ».

146. — Questo secondo passo è specialmente interessante per la storia della clausola edittale relativa al commodato. — Si vede che essa deriva da un pretore Paconio [1], il quale deve averla concepita press'a poco così: *quod quis utendum dedisse dicetur, de eo iudicium dabo* [2]. — Se fosse Giuliano il primo a mutare l'espres-

---

[1]) *Pacunio? Pacuvio?* conforme alle varianti. Qualcuno accettando *Pacuvio* pensa al padre di Labeone, forse *Pacuvius Labeo* (Gell. *Noct. att.* 5. 21. 10 e L. 2 § 44 D. *de orig. iur.* 1. 2 colla n. 38 dell'ed. di Mommsen); ma *contra* Krueger *Hist. des sources de droit romain*, tradotto dal tedesco da Brissaud, Paris 1894 pagg. 88-89 n. 7, 188 e 209.

[2]) Diversamente pensa Karlowa *Römische Rechtsgeschichte* vol. 2 pag. 601. A suo parere il contrapposto fra « qui edictum concepit » e « Paconius » nel presente passo delle Pandette mostra in quest'ultimo un commentatore dell'Editto, il quale, non è improbabile sia Pomponio (guastatosi malamente *Pomponius* in *Pacuvius*), il noto commentatore dell'Editto di cui tanto si è servito Ulpiano nel suo commento donde è tolto il passo in esame; e così nell'originaria redazione edittale si aveva *commodare* e non *utendum dare*. — Tale opinione non può accogliersi. Paconio nominato in contrapposto al redattore del testo edittale definitivo, che stava davanti ad Ulpiano per il suo commento, non può essere altri che un pretore; secondo ogni probabilità, il primo che introdusse nell'Editto una clausola sull'ar-

sione *utendum dare* in *commodare* o se questo avesse già fatto prima qualche pretore, ond'egli semplicemente seguisse l'esempio altrui, non possiamo determinarlo con sicurezza. Certo la prima ipotesi è più probabile; poichè pare, stando sempre al nostro passo del Digesto, che ancora nell'età traianea, menzionandosi Viviano, si discutesse circa l'equivalenza delle due espressioni. Più in particolare poi, sembra che la nuova espressione sia sorta limitatamente al caso di commodato di cose mobili, certo il più frequente d'altronde; applicata poscia anche agli immobili e divenuta quindi di uso generale, ben potè sostituirsi alla primitiva espressione (1).

---

gomento. « Io ben comprendo, dice Ferrini (*Op. cit.*, pagg. 18-19; nell'*Archivio Giuridico* vol. 52 pagg. 484-485; nel *Commentario* di Glück pag. 254), che Ulpiano faccia confronti fra l'una e l'altra redazione dell'Editto (come fa appunto in altri casi, cfr. Dig. IV, 2. 1); non comprendo come mai faccia confronti fra il testo edittale e le espressioni usate nella delucidazione di esso da un commentatore. La corruttela poi di *Paconius* in *Pomponius* è tutt'altro che verosimile; *Pomponius* era un nome notissimo agli scrittori delle opere di Ulpiano e delle Pandette; mentre *Paconius* è nome che occorre tutt'al più una sol volta in queste ultime (Dig. XXXVII, 12. 3 pr., Paul. *8 ad Plaut.*; non v'ha alcun indizio che il *Paconius* citato qui da Paolo fosse un commentatore dell'Editto); ora tutti sanno che facilmente un nome proprio meno noto si altera in uno più noto (poichè gli scrittori semidotti pensano di correggere un errore), ma non viceversa. Che poi l'originaria redazione edittale dovesse dire *utendum dedisse* e non *commodasse* è ben credibile, quando nel linguaggio del tempo in cui la clausola edittale dovette introdursi prevaleva di gran lunga, come conviene Karlowa stesso, la prima espressione alla seconda ».

(1) In aggiunta e a conferma di quanto si disse, avvertiamo che nelle commedie di Plauto l'espressione *utendum dare* (*rogare, petere, accipere*) prevale su *commodare*; le due espressioni

147. — Karlowa (1) confrontando le due espressioni *utendum dare* e *commodare* trova la prima notevolmente migliore. In *utendum dare*, egli dice, spiccano chiari i due momenti od elementi necessarî alla formazione del contratto: il momento causale nel gerundio che indica lo scopo dell'operazione, il momento reale nel verbo. Par strano, continua Karlowa, che sia prevalsa la voce meno chiara e precisa. E a tal punto tenta una spiegazione, certo non felice come osserva giustamente Ferrini (2). — Il quale poi parmi ecceda a sua volta in senso opposto, nel dichiarare che l'espressione *utendum dare* non ha qualità di precisione e determinatezza e l'altra *commodare* vale molto meglio.

Ora facciamo una breve anticipazione sul paragrafo

---

appaiono come equivalenti nell'*Asin.* 2. 4. 38-39. Cfr. anche le traccie del linguaggio dei più antichi giureconsulti in Cato *de agri cult.* 5. 7 e Gell. *Noct. att.* 6 [7]. 15 per Bruto e Q. Mucio. Plauto usa talvolta *utendum dare* e *commodare* per il mutuo (cfr. qui pag. 174 n. 3). *Commodare* in senso non tecnico, adoperato per significare prestare in genere, render servizio, usare benignità, si trova più volte in Cicerone. (Per le citate testimonianze plautine e ciceroniane cfr. e vedi Costa *Il dir. rom.* cit., pag. 313 e segg. e *Corso* vol. 2 pag. 269 n. 23). Nella collezione giustinianea *commodare* per dare a mutuo si ha nella L. 2 § 2 C. *de his qui ex publ.* 10. 6; e *commodare fidem, consensum* o *adsensum, intercessum, notionem* (in luogo di *accomodare fidem* ecc.) troviamo in L. 12 i. f. D. *si quid in fraud. patr.* 38. 5, L. 1 C. *si in communi* 2. 25 [26], L. 11 § 1 C. *de oper. libert.* 6. 3 e L. 3 C. *qui morbo* 19. 51 [50]; *utendum dare* pel mutuo nella L. 2 D. *de column.* 3. 6.

(1) loc. cit., pag. 602 e segg.

(2) Pagg. 15-16 e 19-20 (vol. 52 pagg. 481-482 e 485-486; pagg. 252 e 255).

seguente, segnalando un'analoga evoluzione di linguaggio in materia di deposito: *servandum dare* e *deponere*.

Da ultimo si avverta che la parola *commodatum* (come pure *utendum datum*), oltrechè per significare il contratto, viene adoperata anche per indicare l'oggetto del medesimo; analogamente a quanto abbiamo visto per le espressioni relative al mutuo [1].

148. — Quanto alle parti, in un solo testo trovasi *commodans* [2] ed in qualcuno *commodator* [3]; *commodatarius* non si trova mai nelle fonti. Quest'ultimo viene sempre indicato con circonlocuzioni (« is qui commodatum accepit » o simili); e per lo più si indica in tal modo anche il commodante (« is qui commodavit » o simili) [4].

149. — Requisiti. Sono i seguenti:

*1*) Il commodato, essendo un contratto reale, non è perfetto finchè non sia stata fatta la tradizione dell'oggetto. — Anche qui pertanto, come nel mutuo, non va confuso il contratto suddetto cogli accordi che possono precederlo.

Ma qui poi, a differenza che nel mutuo, si tratta di semplice consegna della cosa senza trasferimento del diritto di proprietà; e nemmanco trapassa il possesso giuridico; il commodatario non ha che la mera *possessio naturalis* o detenzione.

---

[1]) Vedi pagg. 149-150.

[2]) L. 62 [61] § 6 D. *de furtis* 47. 2.

[3]) L. 7 § 1 D. *commod.* 13. 6, L. 14 § 14 e L. 54 [53] § 1 D. *de furtis* 47. 2.

[4]) Cfr. e vedi per tutta la terminologia i soliti dizionari giuridici. E sin qui arriva anche il *Vocabularium iurisprudentiae romanae iussu Instituti Savigniani compositum* Berolini... (vol 1, lettere A-C, 1903).

150. — Non occorre quindi che il commodante sia proprietario della cosa e nemmanco che vi abbia in genere un qualche diritto, ma basta che ne abbia la fisica o materiale disponibilità; il semplice detentore, il possessore di mala fede, il ladro, accordando il godimento della cosa nel modo che si disse da principio definendo il nostro contratto, obbligano l'accipiente e possono far valere l'*actio commodati*.

Che se è valido il commodato concesso pur da chi non ha alcun diritto sulla cosa, ciò non toglie che chi manca della libera facoltà di uso della cosa stessa (come il depositario o il creditore pignerat̀izio) dandola a commodato si rende colpevole di lesione contrattuale ed eventualmente anche di furto. — Ancora, come già abbiamo detto parlando congiuntamente dei tre contratti di commodato, deposito e pegno, il contratto non potrebbe opporsi dal commodatario al *dominus* per ricusare la restituzione; ed il commodatario stesso si libera dal suo obbligo contrattuale restituendo a quest'ultimo [1].

151. — § 2 I., trascritto a pag. 254.

LL. 8 e 9 D. h. t. 13.6 (Pompon. *5 ad Sab.*; Ulp. *2 ad ed.*): « Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus: nemo enim commodando rem facit eius cui commodat ».

LL. 15 e 16 D. h. t. (Paul. *29 ad ed.*; Marcell. *5 digest.*): « Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus:

[1]) Cfr. pagg. 250-251.

ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem » (1).

152. — Commodatario può essere chiunque, salvo in massima il proprietario della cosa; chè questi ha già in forza del suo dominio il diritto di detenzione e di uso.

Abbiamo detto *in massima*; verificandosi il caso che il proprietario non abbia il diritto di tenere ed usare la cosa, può esservi luogo ad un valido commodato della cosa propria. — Tale riserva non lascia certamente adito a dubbî o difficoltà. Nel modo stesso che il proprietario in date circostanze può validamente ricevere in conduzione o assumere in precario la cosa sua, così pure potrà riceverla in commodato; p. es. dall'usufruttuario od anche dal conduttore, avendone bisogno per un determinato scopo, mentre è privo dell'uso della medesima. Qui si ricorderà specialmente come le fonti affermino la validità del precario concesso al debitore dal creditore pigneratizio e ne attestino la frequenza nella pratica; non sarà forse lo stesso pel contratto affine di commodato?

L. 15 D. *depositi* 16.3 (Iulian. *13 digest.)*: « Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato » (2).

---

1) Adde: Gai 4. 153 « ... per eos quoque apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus..... ipsi possidere videmur; L. 3 § 20 e L. 30 § 6 D. *de adquir. possess.* 41. 2; L. 9 D. *de R. V.* 6. 1; L. 64 pr. D. *de iudiciis* 5. 1.

2) Cfr. L. 45 pr. D. *de reg. iur.* 50. 17 (Ulp. *30 ad ed.*): « Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae consistere potest ».

L. 35 § 1 D. *de pignerat. act.* 13.7 (Florentin. *8 instit.*): « Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti » (1).

153. — *2*) Oggetto di commodato non possono essere normalmente che cose inconsumabili; per la contraddizione che altrimenti, ossia supposta la cosa consumabile, si avrebbe tra facoltà di usare ed obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta, conforme all'essenza del nostro contratto. Ma eccezionalmente anche *res quae primo usu consumuntur*, come denaro o commestibili, possono darsi a commodato, quando se ne conceda l'uso puramente *ad pompam vel ostentationem* e non per la destinazione loro ordinaria, consumatrice (2); chè in tal caso, è chiaro, l'ostacolo prima segnalato cade.

Oggetto di commodato possono essere tanto cose mobili che cose immobili. Si era dubitato presso i giureconsulti romani se gli immobili fossero suscettibili di commodato; ma prevalse l'opinione affermativa, e specialmente, come è naturale, si ammisero commodati di edifizî, p. es. per celebrarvi un matrimonio, per una riunione d'altro genere, per passarvi il periodo della convalescenza, ecc. (3).

---

1) Questo secondo passo è addotto *exempli gratia* e per analogia. Adde specialmente L. 6 § 4 D. *de precario* 43. 26.

2) Per esempio si presta del denaro ad un banchiere perchè faccia figura nella sua cassa o nella sua mostra.

3) Quanto alle cose mobili, grande varietà di esempî e applicazioni. Nelle commedie di Plauto: bicchieri; un anello; una scala a pioli; un vestito da donna; utensili di economia domestica. In Cicerone, anche commodato di statue e di abiti in genere. Nel Digesto, inoltre comodato di schiavi, cavalli, ecc.

Non si ammette invece commodato di cose incorporali. La concessione gratuita dell'esercizio di un diritto, come p. es. di una servitù od enfiteusi, costituisce un contratto innominato ed in ispecie un precario.

154. — Che il commodato non potesse applicarsi alle cose incorporali è opinione comune [1]. Ed infatti, mentre da copiosi testi risulta che può concedersi *precario* l'esercizio di un diritto reale, da nessun testo appare ciò possibile anche pel commodato; silenzio tanto più notevole, in quanto che del commodato le fonti parlano ben più ampiamente e particolarmente che non del precario.

Ma siffatta esclusione non è d'ordinario chiarita e giustificata in modo conveniente. — Si suol dire che le cose incorporali non possono formar oggetto di commodato perchè non è escogitabile rispetto ad esse la restituzione in natura, come richiede il commodato. Or bene, tale argomento non è giusto. Si deve restituire in natura anche nel rapporto di locazione; eppure si possono certamente locare dei diritti, come i *vectigalia*; infatti la restituzione avviene col cessar dall'esercizio di quel dato diritto e rimettendo di più le cose in *pristinum*, ove ne sia il caso.

Diversamente va spiegata l'inidoneità delle *res incorporales* ad essere materia del nostro contratto.

Cominciamo coll'osservare che un commodato di crediti è affatto inconcepibile. Vengono quindi in considerazione soltanto i diritti reali, ed anzi unicamente un

---

[1]) Fra i pochi discordanti havvi p. es. Brinz *Lehrbuch der Pand.* cit. a pag. 169 n. 2, vol. 2 pag. 593.

gruppo di essi, le servitù; chè gli altri diritti reali sono di loro natura estranei all'essenza del commodato. — Ora, è ammissibile un commodato per le servitù personali (1)? No; perchè nel commodato campeggia ed è essenziale la concessione dell'oggetto per un uso determinato od un fine particolare, come si disse nella definizione e fra breve vedremo specialmente; e tali diritti di usufrutto in primo luogo, uso, ecc., si riferiscono invece ad un uso multiforme, vario e complesso, servente ai più diversi scopi della persona che ne gode. — Passiamo alle servitù prediali. Possono queste forse essere oggetto di commodato (2)? Anche qui la risposta non può essere che negativa; per analoga ragione differenziale. Precisamente, per via d'esempio, la concessione che si faccia in generale a Tizio di passare

---

1) Qui si potrebbe sdoppiare la domanda nel modo che segue: *a)* Chi ha l'usufrutto, l'uso, ecc., può accordarne ad altri l'esercizio gratuito a titolo di commodato? *b)* Il proprietario di una cosa (o chi altrimenti ha facoltà di disporne) può cedere ad altri gratuitamente a titolo di commodato le facoltà e prerogative che formano il contenuto dei detti diritti di usufrutto, uso, ecc. (così detta *costituzione* di usufrutto, uso, ecc. mediante commodato)? Senonchè la risposta alle due interrogazioni distinte è unica: quella che segue nel testo.

2) Anche qui viene in mente, a primo aspetto, di distinguere due casi, come si è fatto nella nota precedente per le servitù personali. Ma il primo caso, in corrispondenza, è tosto escluso, data la dottrina romana classica che il titolare di una servitù prediale non può cederne altrui l'esercizio. La questione si limita quindi al secondo caso: se il domino di una cosa (o chi altrimenti ha facoltà di disporne) possa cedere ad altri gratuitamente a titolo di commodato l'esercizio di ciò che costituisce il contenuto di una servitù prediale, p. es. la facoltà di passare, di attinger acqua, ecc.

pel fondo di Sempronio esorbita dalla sfera del commodato, che si riferisce ad un uso e scopo determinato; d'altra parte la concessione stessa fatta non in generale ma limitatamente ad un uso e scopo determinato non risulta più conforme invece alla natura della servitù prediale.

Diversamente stanno le cose rispetto al contratto affine di precario. L'uso in questo contratto è generale od almeno non è necessariamente ristretto. Non troviamo quindi l'ostacolo rilevato riguardo al commodato; ed ecco come le servitù di precario si possono formar oggetto [1].

155. — Ed ora un po' d'esegesi, in rapporto a questo nr. *2*):

*a)* Pel commodato di cose consumabili sono da vedersi L. 3 § 6 e L. 4 D. h. t. 13. 6 (Ulp. *28 ad ed.*; Gai. *1 de verb. oblig.)*:

« Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat ».

« Saepe etiam ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant » [2].

---

[1]) Su tutta la questione trattata in questo nr. 154 vedi più diffuso Ferrini pag. 62 e segg. (vol. 53 pag. 69 e segg.; pag. 268 e segg.). Particolarmente per la questione di un commodato di *habitatio*, ivi pag. 48 e segg. (pag. 55 e segg.; di seguito, pag. 271 e segg.).

[2]) Adde L. 18 § 1 D. *de reb. cred.* 12. 1 (Ulp. *7 disput.*) « ... pecuniam ..... commodatam ostendendi gratia »; e cfr. L. 28 D. *de usu fructu* 7. 1. Per maggior chiarimento e ragguaglio vedi poi i Basilici 23. 1 c. 2 sch. Ὅτι δὲ κιχρῶνται ed. di Heimbach cit. a pag. 77 n. 1, vol. 2 pag. 587, trad. lat. « Hoc autem intellige ostendendi gratia, vel ut in publico exponantur, quod

*b)* Pel commodato di immobili vedi la L. 1 § 1 D. h. t., già trascritta a pagg. 254-255; ed inoltre, in confronto, la L. 17 pr. D. *de praescr. verbis* 19. 5 (Ulp. *28 ad ed.*), donde appare come il commodato di tali beni, secondo che abbiamo detto, abbia incontrato qualche difficoltà:

« Si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere » (1).

*c)* Per escludere il commodato di *res incorporales* si citano talvolta passi non probanti. Tale esclusione si può invece arguirla dal silenzio delle fonti, nonchè dalla natura stessa delle cose, che ne offre ad un tempo la giustificazione; tutto ciò, secondo che già abbiamo detto.

156. — *3*) La cosa vien data al commodatario affinchè ne usi.

Quanto alla natura e durata dell'uso, queste vengono stabilite dalla volontà del commodante. In difetto di determinazione esplicita, ci si riferisce alle particolari condizioni del contratto formatosi (specialmente per il genere della cosa) ed alla consuetudine.

---

fieri solet in publicis conventibus et congressibus, aut cum publica balnea aperiuntur »; analogamente ivi c. 18 sch. χάριν του, vol. 2 pag. 614; e specialmente pel denaro, 13. 1 c. 3 sch. Ἔσθ' ὅτε γὰρ e c. 4 sch., vol. 2 pag. 5.

1) D'altronde un commodato *aedium* troviamo già in Cicer. *ad Herenn.* 4. 51. 64 « ait se aedes maximas cuidam amico ad nuptias commodasse »; nonchè in Iuvenal. *Satyr.* 7. 39-40 « ... tu si dulcedine famae | succensus recites (versus), maculosas commodat aedes ».

Ma sempre il commodato avviene per un uso determinato, per uno scopo specifico, come prima, discutendo, si è avuto occasione di dire; ciò è essenziale al nostro contratto, a differenza del contratto affine di precario nel quale si concede l'uso in genere di una cosa. Tale carattere del commodato risulta chiaramente dalle fonti; poichè queste nel presentarne i numerosi e svariati casi indicano rispettivamente sempre un uso o scopo determinato:

« ad nuptias commodasse — qui re sibi commodata usus est aliter atque accepit — commodaremus ut opus faceret — commodari ad pompam vel ostentationem — si tibi equum commodavero ut ad bellum duceres — si pugillares mihi commodasti ut debitor mihi caveret — si ad fulciendam insulam tigna commodasti — si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum — commodare ad ludos et ad ceteras apparationes » — ecc.

Invano qualche egregio autore dissenziente [1] ha opposto, risultare sì da questi passi che una determinazione dell'uso fosse cosa consueta nella pratica, non però derivarne che fosse necessario requisito giuridico. Chè la dimostrazione si integra e rinforza col confronto dei passi pertinenti al precario, dei quali *nemmanco uno* indica un determinato uso, un fine specifico della concessione. La differenza che sotto questo riguardo,

---

[1]) Vangerow *Lehrbuch der Pandekten* [Corso di pandette] 7ª ed. Marburg u. Leipzig 1863-69 (da ultimo ristamp. 1876) vol. 3. pagg. 613-614 seguendo Kritz ivi citato. Vedi anche Dernburg *Dir. delle obblig.* cit., pag. 365 n. 13 i. f.

dell'uso determinato o no, riscontriamo fra i testi relativi al commodato da un canto e quelli relativi al precario dall'altro non può giudicarsi puramente casuale o di fatto, e quindi estranea alla dottrina giuridica dei due istituti. — Ove non bastasse, ecco un altro elemento a conferma di quel che si disse. Rispetto al precario si parla, come in materia di locazione, di *rinnovazione* (esplicita o tacita) del contratto; altrettanto non avviene rispetto al commodato. Tale silenzio ben si spiega, ammesso il requisito dell'uso determinato. Quest'ultimo esclude il concetto di rinnovazione; finito l'uso stabilito, tutto è finito; concedendosi una seconda volta la cosa per lo stesso uso, si fonda un nuovo rapporto, non già si reintegra l'anteriore cessato (1).

157. — La concessione dell'uso dev'essere gratuita. Se l'*accipiens* si obbligasse ad un correspettivo, il contratto sarebbe diverso; e precisamente sarebbe una locazione di cose od un contratto innominato, a seconda che il correspettivo consistesse in denaro od in altra prestazione.

Da questo requisito della gratuità dell'uso deriva che il commodato vien concluso nell'interesse del commodatario. Ma, fermo sempre tal requisito, può eccezionalmente esservi interessato anche il commodante e perfino, caso ancor più raro, ritrarne vantaggio solo quest'ultimo.

---

1) Anche qui cfr. Ferrini pag. 43 e segg. (vol. 53 pag. 50 e segg.; pag. 265 e segg.) più diffuso. Interessante, specie per gli esempî differenziali, Lenel in *Jahrbücher für die Dogmatik des heut. röm. u. deutsch. Privatrechts* [Annali per la dommatica del diritto priv. odierno rom. e tedesco] vol. 19 [a. 1881] pagg. 208-209.

158. — Vediamo ora alcuni testi in rapporto a questo terzo requisito (nr. 156-157):

*a)* Sullo scopo dell'uso vedi la L. 1 § 3 D. *de precario* 43.26 (Ulp. *1 instit.)*:

« (Precarium) est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat » (1).

*b)* Sulla determinazione dell'uso fatta dal commodante vedi la L. 17 § 3 D. h. t. 13.6 (Paul. *29 ad ed.*):

« Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit.... ».

*c)* Sulla necessità di un uso determinato, di uno scopo specifico, non citiamo testi. Basta scorrere il titolo *sedes materiae* nelle Pandette per trovare continua menzione di un uso o scopo determinato; e buon numero di estratti già abbiamo prima (2) riportato; come pure già abbiamo addotto a riprova il fatto, che i passi relativi al precario non contengono mai un accenno nel suddetto senso. — Piuttosto diremo, in aggiunta a quanto si è osservato sull'argomento, come gli avversarî abbiano replicato che da alcuni testi pur non appare la necessità di un uso determinato od ufficio specifico pel commodato; citando specialmente i §§ 6-7 I. *de oblig. quae ex delicto* 4.1 (cfr. Gai. 3.195-197) e la L. 77 [76] pr. D. *de furtis* 47.2. Ma tali passi (che particolarmente esamineremo più avanti, trattando della responsabilità del commodatario) si esprimono addirit-

---

1) Cfr. Fragm. Vindob. 1. 1 (in Girard *Textes* pag. 466).

2) Pag. 266.

tura in senso opposto, ossia a favore della *communis opinio*, cui abbiamo aderito. Veggansi per i §§ citati delle Istituzioni le frasi « sive is qui rem utendam accepit *in alium usum eam transferat*... eos qui rebus commodatis *aliter uterentur, quam utendas acceperint* » e gli esempî « si quis argentum utendum acceperit quasi amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit.... si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit », e pel citato frammento del Digesto si avverta la proposizione iniziale « qui re sibi commodata *usus est aliter atque accepit*... ».

*d)* Per l'affermata gratuità dell'uso rinviamo al § 2 I. trascritto a pag. 254, nonchè alla L. 17 § 3 D. sopra trascritta; aggiungendo poi la L. 5 § 12 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)* e la L. 17 § 3 D. *de praescr. verbis* 19.5 (Ulp. *eod.)*:

« Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere, quod ego puto verum, esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit... ».

« Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est » [1].

Collegandoci a questo elemento della gratuità, abbiamo

[1]) Riprodotto nel § 2 fin. I. *de loc. et cond.* 3. 24 [25] interpolando « neque locati neque conducti neque (commodati) ».

dichiarato che il commodato d'ordinario è a vantaggio esclusivo del commodatario [1]; ma è pur possibile eccezionalmente, abbiamo soggiunto, un commodato a vantaggio di ambo le parti od anche soltanto del commodante. Per tutto questo vedi rispettivamente i seguenti testi:

L. 5 § 3 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)*: « Commodatum... plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur... » [2].

L. 18 pr. D. h. t. (Gai *9 ad ed. prov.)*: «... haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam susciperes et ego tibi argentum commodaverim... ».

L. 5 § 10 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)*: «... vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel

---

[1]) Il commodato deriva anch'esso, come altri noti rapporti, *ex officio et amicitia*, e questo carattere conserva sostanzialmente attraverso i tempi. Rientra nel gruppo delle prestazioni o dei servigi di amico, di buon vicino; cose delle quali l'opportunità e la necessità si presentava frequente già e tanto più a partire dall'epoca più antica. Veggasi, in armonia con questo, p. es. Plaut. *Asin.* 2. 4. 38-39 « Scyphos quos utendos dedi Philodamo rettulitne? | Non etiam — Hem non! si velis da, commoda homini *amico* ». *Aulul.* 1. 2. 17-18 « Cultrum, securum, pistillum, mortarium | Quae utenda vasa, semper *vicini* rogant »; ed in Catone *de agri. cult.* 4 leggiamo « *Vicinis* bonus esto... si aedificabis operis, iumentis, materia adiuvabunt ». Per i tempi più avanzati e le fonti giuridiche osserva specialmente la cit. L. 17 § 3 D. per le espressioni ripetutamente adoperate *officium*, *beneficium*.

[2]) Adde L. 62 [61] § 6 D. *de furtis* 47. 2 (Afric. *8 quaest.*). « Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet quod tunc eius solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur... quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat ».

uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit ».

159. — *d*) Infine, perchè vi sia commodato occorre l'accordo che sarà restituita la cosa *in specie* dopo che il commodatario se ne sia servito per l'uso concesso.

Questo accordo è già implicito nella generale convenzione di dare e rispettivamente ricevere a commodato. — Mancando tale accordo, commodato non si forma; essendovi soltanto l'elemento reale o materiale ma non anche l'elemento intenzionale o consensuale di tale contratto. Non vi sarà pertanto in questo caso l'*actio commodati*, poichè commodato non esiste; ma l'accipiente, come quegli che ritiene la *res* senza motivo giustificato, potrà essere tenuto alla restituzione colla *condictio sine causa*.

Da ciò che è essenziale al commodato l'obbligo della restituzione, deriva che l'accipiente dev'essere capace di obbligarsi. Ove così non sia, il *tradens* avrà l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindicatio* per farsi restituire l'oggetto; contro il pupillo che ha concluso il contratto senza l'*auctoritas tutoris* è concessa *utiliter* l'*actio commodati* sino alla misura consueta dell'arricchimento, conforme al noto rescritto di Antonino Pio.

160. — Passando ora ai testi, per l'assunzione dell'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta vedi ancora il § 2 I. trascritto a pag. 254 e la L. 2 pr. D. *de R. C.* 12.1 trascritta a pagg. 173-174 [1].

---

[1]) Cfr. L. 26 pr. D. *de praescr. verb.* 19. 5 (Pomponius *21 ad Sab.*): « Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est... ».

Pei casi di incapacità dell'accipiente ad obbligarsi ecco qualche testo:

L. 1 § 2 D. h. t. 13.6 (Ulp. *28 ad ed.)*: « Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate, usque adeo ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur, quia ab initio non consistit ».

L. 2 D. h. t. (Paul *29 ad ed.)*: « Nec in furiosum commodati actio danda est. sed ad exhibendum adversus eos dabitur, ut res exhibita vindicetur ».

L. 3 pr. D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)*: « Sed mihi videtur, si locupletior pupillus factus sit, dandam utilem commodati actionem secundum divi Pii rescriptum ».

161. — EFFETTI. Gli effetti del commodato risguardano le obbligazioni che da esso nascono necessariamente e direttamente a carico del commodatario e quelle che eventualmente e indirettamente possono incombere al commodante — essendo il commodato un contratto bilaterale imperfetto — ed i mezzi che garantiscono l'adempimento di siffatte obbligazioni.

162. — I. *Obbligazioni del commodatario* (1):

*1*) Il commodatario è tenuto ad usare della cosa secondo i patti, espressi o taciti. Ove ne usi in modo diverso, le fonti dicono che egli risponde del lucro indebitamente ritratto; che di più è tenuto anche pel danno casualmente derivatone alla cosa; che quando sia in

---

1) Per questo punto interessa anche confrontare, fra gli autori più recenti, Pernice *M. A. Labeo* 2ª ed. vol. 2 p. 2, Halle 1900, pag. 154 e segg.

dolo incorre anche nel delitto di furto *(furtum usus)*. Però, almeno nel diritto giustinianeo, quando il commodatario faccia l'uso diverso in circostanze tali da potersi reputare, a stregua normale, assenziente l'altra parte, egli non potrà esser tenuto più che per il lucro eventuale ricavato da siffatta esorbitanza obbiettiva dell'uso.

163. — L'obbligo di restituire il lucro, secondo che si disse, non è dichiarato dai testi proprio in materia di commodato, ma in un rapporto però molto affine:

L. 13 § 1 D. h. t. (Pompon. *11 ad Sab.*): « Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit qui experiundum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit [1] ».

Quanto agli altri due punti, conforme alle distinzioni fatte, cioè la responsabilità pel danno casuale e l'eventuale responsabilità a titolo di furto, vediamo i seguenti passi:

§ 2 I. cit. 3. 14 [15]: « ... is qui utendum accepit... propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis [2]... ».

---

[1]) Cioè, per la frase finale: finchè il contratto di compravendita non sia concluso. — Aggiungi al passo trascritto la L. 20 pr. D. *de praescr. verbis* 19. 5 rilevando le parole « ut experimentum gratuitum acciperes ».

[2]) Cfr. L. 1 § 4 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*). Nel confronto si può rilevare linguisticamente il noto uso dei compi-

L. 5 §§ 7-8 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.*): « Sed interdum et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis: idem erit et in homine. plane si sic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. nam et si servum tibi tectorem commodavero et de machina ceciderit, periculum meum esse Namusa ait (1): sed ego ita hoc verum puto, si tibi commodavi, ut et in machina operaretur: ceterum si ut de plano opus faceret, tu eum imposuisti in machina, aut si machinae culpa factum minus diligenter non ab ipso ligatae vel funium perticarumque vetustate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipsum praestare debere: nam et Mela scripsit, si servus lapidario commodatus sub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui neglegentius machinam colligavit. — Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Iulianus libro undecimo digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere (2) feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario iudicio: si minus, neque (3) me certiorasti ibi chi-

---

latori di *malle* per *velle*, specie nel soggiuntivo perfetto; cfr. anche Gai. 3. 196, che più avanti vien riprodotto, e vedi H. Appleton *Des interpolat.* cit. a pagg. 225-226 n. *, pagg. 75-76 e gli autori ivi citati.

1) Verosimilmente riproducendo un responso di Servio.

2) scribere, *M.*

3) nec si, *M.*

rographum esse scriptum: etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus est, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur » (1).

L. 10 pr. D. h. t. (Ulp. 29 *ad Sab.*): « Eum, qui rem commodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est: nam si culpa eius (2) fecit deteriorem, tenebitur ».

L. 18 pr. D. h. t. (Gai. 9 *ad ed. prov.*): «... si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet... ».

§§ 6-7 I. *de oblig. quae ex del.* 4.1 (cfr. Gai. 3.195-197): « Furtum... fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. itaque sive creditor pignore sive is apud quem res deposita est ea re utatur sive is qui rem utendam accepit in alium usum eam transferat, quam cuius gratia ei data est, furtum committit. veluti si quis argentum utendum acceperit quasi

---

1) La proposizione « neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum » giustamente viene attribuita ai compilatori. Non soddisfa nel riguardo sostanziale; e quanto alla forma si rileva il *certiorare*, che con molta probabilità (come già aveva notato Brissonio) è un'espressione giustinianea. Cfr. Lenel *Paling.* vol. 2 col. 581 n. 1 e Gradenwitz *Interpolationen in den Pandekten* Berlin 1887 pag. 235 e segg. ivi citato; vedi ancora H. Appleton *Des interpolations* cit., pag. 120 e segg.

2) eius, *del. M.*

amicos ad cenam invitaturus et id peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset. — Placuit tamen eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere eumque si intellexisset non permissurum, ac si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione, quia furtum sine affectu furandi non committitur » (1).

Infine la riserva o limitazione che da ultimo abbiamo affermata, almeno pel diritto giustinianeo, si fonda sul seguente passo:

L. 77 [76] pr. D. *de furtis* 47.2 (Pomponius *38 ad Q. Mucium)*: « Qui re sibi commodata vel apud se deposita usus est aliter atque accepit, si existimavit se non invito domino id facere, furti non tenetur. sed nec depositi ullo modo tenebitur: commodati an teneatur,

---

1) Aggiungi ai passi trascritti: L. 16 D. *de condict. furtiva* 13. 1, LL. 40 e 55 [54] § 1 D. *de furtis* 47. 2. Ancora, nelle fonti non giuridiche: A. Gell. *Noct. Att.* 6 [7]. 15 « Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa iudicia de furtis habita esse apud veteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse, qui iumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat, quam in quem locum petierat. Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civili composuit, sexto decimo verba haec posuit: *Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit* »; Val. Max. *Memor.* 8. 2. 4 « ... quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset ».

in culpa aestimatio erit, id est an non debuerit existimare id dominum permissurum ».

164. — 2) Il commodatario è tenuto alla restituzione della cosa *in specie*; il che implica un altro dovere, quello della custodia.

All'obbligo di restituire il commodatario non può sottrarsi adducendo l'esistenza di un suo credito, a meno che questo non sia connesso col commodato medesimo ([1]). — E nemmanco varrebbe che egli sostenesse di essere proprietario della cosa, qualora il commodante ciò impugnasse; egli, commodatario, dovrebbe pur in tal caso fare ugualmente la restituzione, salvo esperire l'asserita sua ragione di dominio in altra causa, separata.

La cosa deve restituirsi senza deterioramenti (salvo beninteso quelli derivanti dal tempo e dallo stesso uso concesso) e ancora *cum omni causa*; vale a dire con ogni pertinenza colla quale sia stata commodata, nonchè con i frutti prodotti e le posteriori accessioni.

Se il commodatario non può assolutamente render la cosa o non può renderla in stato d'integrità e *cum omni causa*, risponde del danno non solo quando tale impossibilità derivi da dolo o colpa lata, ma anche quando provenga semplicemente da colpa lieve. Ciò in conformità ai principî generali; perchè d'ordinario egli solo ha vantaggio dal contratto.

Questa responsabilità normale del commodatario è

---

[1]) Credito di spese o danni in rapporto alla cosa commodata; per cui havvi il *ius retentionis* (cfr. pag. 252 n. 1 e daccapo in questo paragrafo 1. f.).

temperata alla stregua della *diligentia quam suis* nel caso eccezionale che il contratto sia stato concluso nell'interesse di ambo le parti; e se del negozio profitta solo il commodante, ancor più limitasi la responsabilità del commodatario, il quale sarà tenuto soltanto per dolo e colpa lata. — Tali diminuzioni di responsabilità possono aversi anche nel caso ordinario di commodato (a vantaggio esclusivo del commodatario) per via di speciale convenzione. — Non si potrebbe scendere oltre il suddetto limite (dolo e colpa lata), violando noti principî generali.

Ma può darsi anche che sia invece accresciuta eccezionalmente la responsabilità del commodatario, vale a dire che egli sia obbligato anche pel caso fortuito. Ciò ha luogo: *1)* Quando così sia stato convenuto; il che implicitamente accade pur quando la cosa sia stata data previa stima coll'intendimento che debba restituirsi la cosa stessa o comunque il valore stimato. *2)* Quando si tratti di un *casus culpa vel dolo determinatus*, com'è quando il commodatario faccia della cosa un uso diverso ed al fatto di quest'uso diverso si colleghi la perdita per sè stessa casuale della cosa; salvo la riserva prima indicata [1]. *3)* In caso di sottrazione. *4)* In caso di mora.

165. — Occupiamoci ora delle fonti per questo nr. *2)*. E l'esame essendone piuttosto lungo, distinguiamo i varî punti:

*a)* In generale per l'obbligo della restituzione, cui si congiunge il dovere della custodia, veggasi il citato § 2 I. 3. 14 [15].

---

[1]) Pagg. 272-273 e 276-277.

Aggiungansi più specialmente per l'obbligo della restituzione la L. 2 pr. D. *de reb. cred.* 12.1 (1) e la L. 26 D. *de praescr. verb.* 19.5; e pel dovere di custodia la L. 5 §§ 5-6 e 15 D. h. t. 13.6 e Gai. 3. 205-206 = §§ 15-16 [17-18] I. *de oblig. quae ex delicto* 4.1.

*b)* Come il commodatario non possa sottrarsi alla restituzione invocando un suo credito, salvo se connesso col commodato stesso, lo vediamo chiaramente affermato nella L. 4 C. *de commodato* 4.23 (Diocl. et Max.):

« Praetextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur » (2).

Che il commodatario non possa far a meno di restituire nemmanco allegando il proprio dominio, secondo che si disse, non è cosa del pari dichiarata dalle fonti in modo diretto e specifico, ma trovasi detta rispetto al conduttore (3); tanto più quindi vale pel commodatario.

*c)* Particolarmente per la restituzione della cosa non deteriorata:

L. 3 § 1 D. h. t. 13.6 (Ulp. *28 ad ed.*): « Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur: proprie enim dicitur res non reddita, quae deterior redditur ».

---

1) Trascritta già a pagg. 173-174.

2) In rapporto a questa costituzione non va trascurato fra gli autori moderni C. Appleton *Hist. de la compensat.* cit. a pag. 241 n. 2, pag. 495 e segg.

3) L. 25 C. *de locato et cond.* 4.65 (Diocl. et Maxim.): « Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare ».

L. 23 D. h. t. (Pompon. *25 ad Q. Muc.)*: Si commodavero tibi equum, quo utereris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit » (1).

Per l'obbligo di custodire e restituire anche pertinenze e profitti:

L. 5 § 9 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)*: « Usque adeo autem diligentia in re commodata praestanda est, ut etiam in ea, quae sequitur rem commodatam, praestari debeat: ut puta equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te custodiam praestare debere veteres responderunt ».

L. 14 § 15 D. *de furtis* 47.2 (Ulp. *29 ad Sab.)*: « Non solum... in re commodata competit ei cui commodata est furti actio, sed etiam in ea, quae ex ea adgnata est, quia et huius custodia ad eum pertinet. nam et si servum tibi commodavero, et vestis eius nomine furti ages, quamvis vestem, qua vestitus est, tibi non commodaverim. item si iumenta tibi commodavero, quorum sequella erat eculeus, puto competere furti actionem etiam eius nomine, quamvis ipse non sit commodatus » (2).

---

1) Adde L. 10 pr. D. h. t. — Pomponio nella L. 23 trascritta fa un'elegante applicazione del principio che egli stesso enuncia nella L. 203 D. *de div. reg. iur. ant.* 50. 17 (*8 ad Q. Mucium*) « Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum (damnum *del. M.*) sentire ». Più ampiamente in proposito Di Marzo *Saggi critici sui libri di Pomponio « ad Quintum Mucium »* Palermo 1899 pagg. 72-73, 90-91.

2) Aggiungi L. 5 § 13 D. h. t. 13.6 e L. 38 § 10 D. *de usuris* 22.1.

*d)* Sulla misura di responsabilità del commodatario, vedi il § 2 I. e la L. 5 §§ 2-4 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)* :

«.... is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit (1).... ».

« Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione (2) utrum dolus an et culpa an vero et omne peticulum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulli utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus... (3) sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore (4), ut in societate, et dolus et culpa praestatur (5). — Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo

---

1) I brani omessi di questo paragrafo delle Istituzioni sono trascritti a pagg. 254 e 273. Cfr. ora per tutto il paragrafo la L. 1 §§ 3-4 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*), dove hanno operato certamente i compilatori; e vedi in proposito Ferrini cit. a pag. 47 n. 5, pag. 173.

2) Lo svolgimento di questo punto si estende a tutto il § 10 del frammento.

3) Il brano omesso, che si riferisce al deposito, è un'aggiunta dei compilatori. E lo vedremo meglio trattando appunto del deposito.

4) Ulpiano doveva far menzione anche della *fiducia*. Cfr. Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 580 n. 7.

5) Cfr. L. 108 § 12 D. *de legatis* I (30), e Collatio 10. 2. 2 (qui a pag. 238) anche in rapporto alla nota precedente.

commodatario; ed in tal caso la regola diventa chiara e giustificabile. « In un caso di necessità il commodatario salva la *res* propria sacrificando la *res* commodata; se non avesse sacrificato questa, avrebbe perduto la propria. Che cosa di più giusto di questo, che egli debba risarcirne il valore al commodante? che cosa di più conforme alla *bona fides*? Il commodatario, nel caso di cui si tratta, non risponde già per ciò che sia colpa l'avere sacrificata la cosa altrui; ma perchè sarebbe contrario alla buona fede che egli avesse da trattenere il lucro fatto mediante il sacrificio della cosa del commodante ».

167. — *e)* In rapporto ai casi in cui la responsabilità del commodatario si attenua (1), vediamo:

L. 18 pr. D. h. t. (Gai. *9 ad ed. prov.)*: «... haec ita (2) si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. at si utriusque... scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet ».

L. 5 § 10 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)*: « Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta si quis ita convenit (3): vel si sua dumtaxat causa commodavit (4) .... ».

---

1) Cfr. pagg. 277-278.

2) Vale a dire la responsabilità del commodatario anche per la colpa *in abstracto* (conforme a quanto precede).

3) Ma non potrebbe naturalmente escludersi anche la responsabilità per dolo; come dice pure espressamente la L. 17 pr. D. h. t. (Paul. *29 ad ed.*) « In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est ».

4) Il seguito del testo, esemplificativo, è trascritto a pagg. 270.

La L. 18 pr. nel brano qui trascritto ha dato luogo a difficoltà, per la menzione delle *res pignori datae*, sendochè il creditore pignoratizio è tenuto, si sa, alla diligenza assoluta, non alla diligenza relativa; della quale ultima soltanto risponde invece il marito per le *res dotales*, conforme all'altro punto di confronto e determinazione, sicuro e soddisfacente. — Teofilo [1], non sapendo come uscirne altrimenti, si capisce, arrivò ad affermare la massima che il creditore pignoratizio è tenuto soltanto per la *diligentia quam suis*; opinione insostenibile. — Taluno [2] è ricorso ad una conciliazione storica; in origine il creditore pignoratizio sarebbe stato tenuto solo per *dolus*, quindi per la *culpa in concreto*, finalmente per la *culpa in abstracto*. Ma comunque si pensi in proposito, cioè sull'essere o no avvenuto siffatto allargamento progressivo, certamente il punto al tempo di Gaio doveva ormai essere risolto e fissato nel senso da ultimo indicato; potendosi dimostrare che a Gaio *(res cottidianae)* appartiene il § 4 I. *quib. mod. re* 3.14 [15] che richiede dal creditore pignoratizio la diligenza assoluta [3]. — Havvi chi s'accontenta di dire che la dichiarazione incidentale del presente passo è vinta dalle numerose attestazioni esplicite e decise delle fonti in

---

e 271. — Aggiungi ai due testi qui trascritti la L. 12 pr. D. h. t., che si congiunge a LL. 10 § 1 e 11 D. h. t.

[1]) Basil. ed. di Heimbach vol. 2 pag. 19 sch. 4 i. f.

[2]) Così anche Dernburg *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts* [Il diritto di pegno secondo le norme del dir. rom. odierno] Leipzig 1860-64 vol. 1 pag. 151.

[3]) Vedi L. 1 § 6 D. *de O. et A.* 44.7, confrontando coi §§ precedenti.

senso diverso [1]. — Altri [2] ha detto: il giureconsulto deve aver pensato a casi particolari in cui, date le particolari circostanze, si limita eccezionalmente la responsabilità del creditore pigneratizio alla *diligentia quam suis*. Ma ciò è arbitrario ed assolutamente improbabile; chè nulla nel testo accenna a particolarità ed eccezionalità. — Altri addirittura sostituisce *societatis* a « pignori datis »; il che è ancor più grave ed arbitrario. — Soddisfacente invece è l'altra opinione, accolta da ultimo anche da Ferrini [3], per la quale si ritiene che il passo in origine parlasse della *fiducia* (« rebus *fiduciae* datis »); i compilatori avrebbero fatto anche qui la nota sostituzione di *pignus* a *fiducia* (« rebus *pignori* datis ») senza riflettere, come appare pure in altri testi, alla differenza di regole tra i due istituti. Che il fiduciario, essendo domino, non abbia da rispondere circa la *res fiduciae data* di maggior diligenza di quella che è solito usare nelle cose proprie, lo si comprende; e tal regola trova appoggio nella Collatio [4], la quale parifica la responsabilità « in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae », appunto come nella presente L. 18 pr. secondo l'interpolazione rilevata [5].

Seguitando coi testi, in rapporto progressivo all'esposizione più addietro fatta (pag. 278) — come il commodatario non potrebbe venir esonerato dalla responsabilità

---

[1]) Così van Wetter *Les obligations* cit. a pag. 42 n. 4, vol. 2 pagg. 387-388 n. 1.

[2]) Pernice *M. A. Labeo* vol. 2 ed. 1ª (Halle 1878) pag. 369.

[3]) Pagg. 109-110 (vol. 53 pagg. 299-300).

[4]) 10. 2. 2; (cfr. qui pag. 238).

[5]) Cfr. qui pag. 238 n. 1.

per dolo (cui viene equiparata, si sa, la colpa lata) è specialmente dichiarato nella L. 17 pr. D. h. t. (Paul. *29 ad ed.*): « In commodato haec pactio, ne dolus praestetur, rata non est ».

168. — *f)* Dai casi di responsabilità diminuita pel commodatario siamo passati ai casi opposti di responsabilità accresciuta per lui; sempre, s'intende, in confronto della misura normale.

Abbiamo detto, a tal punto, che la diminuzione può anzitutto derivare da speciale accordo in questo senso (nr. *1* a pag. 278). — Esempio ne offre la L. 1 C. h. t. 4.23 (Diocl. et Max.):

« Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent sed cum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, praeses provinciae, si probaveris eum indemnitatem tibi promisisse, placitum conventionis implere eum compellet » (1).

A questo passo aggiungi la L. 21 § 1 D. h. t. (Afric. *8 quaest.)* «... si tibi rem periculo tuo utendam commodavero..... », come pure la L. 5 § 3 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.)* «... (et) si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit » (2); nel quale ultimo testo la stima

---

1) Il principio nei Basilici 13. 1. c. 24 vol. 2 pag. 23, trad. lat.: « Commodati actio secundum naturam quidem suam non onerat periculo commodatarium. Sed si hoc convenerit, etiam post fortuitum interitum commodati agi potest ».

2) Ciò che precede in questo § è trascritto a pagg. 281-282.

deve intendersi fatta perchè *comunque* il commodatario abbia da rendere il valor della cosa [1].

Seguitando a parlare delle ipotesi di responsabilità aumentata, abbiamo detto che in secondo luogo (nr. 2 a pag. 278) tale aumento si ha quando vi sia un *casus culpa vel dolo determinatus*, come accade quando si faccia un uso diverso da quello pattuito. — Per questa ipotesi rinviamo ai passi trascritti a pag. 273 e seguenti.

---

[1]) Non sarebbe giusto affermare con alcuni autori (p. es. Accarias *Précis* cit. a pag. 157 n. 2, vol. 2 pag. 254 e più recentemente Cuq *Les institut.* vol. 2 pag. 392) che il puro fatto della *aestimatio* accresca la responsabilità fino al caso fortuito. L'*aestimatio* per sè sola non ha altro significato che quello di dare una norma preventiva per la misura del risarcimento dovuto qualora la cosa perisca o si deteriori per colpa del commodatario (così detta *aestimatio taxationis causa*). Perchè la stima renda responsabile il commodatario anche del caso fortuito, bisogna che questi si sia obbligato espressamente a rendere in modo assoluto la cosa o la stima, oppure che risulti dalle circostanze essere stata intenzione delle parti di obbligare il commodatario a pagare in mancanza della cosa il valore stimato della medesima. In tal senso appunto deve intendersi, come dicemmo, la L. 5 § 3, accentuandone le ultime parole; come se fosse detto « qui *omnimodo* aestimationem se praestaturum recepit ». Venendo a casi concreti, è facile pensare all'ipotesi di cosa preziosa o di un certo valore, esposta facilmente a perdita, che io accondiscendo a prestare gratuitamente ad un altro per fargli piacere, ma coll'assoluta sicurezza che la cosa la riavrò, o in natura o nel valore. E nelle stesse fonti nostre si confronti la L. 1 C. h. t. 4. 23 trascritta nella pagina precedente. Del resto già i bizantini determinano esattamente il caso, mettendo anche in guardia contro l'errore sopraindicato: Bas. 13. 1 c. 5 sch. 3, 7, 10 (vol. 2 pagg. 6-8). — Soggiungiamo che il commodato con una stima si trova ancora fra i testi nella L. 7 § 5 D. *de donat. inter vir. et ux.* 24. 1 (Ulp. 31 [32] *ad Sab.*) « nec aliud in commodato aestimato dato observari solet »; donde può arguirsi la frequenza di siffatto negozio.

In rapporto al caso di sottrazione arg. L. 1 § 25 D. *depositi* 16.3 (1).

Infine, nulla di particolare è da dirsi o citarsi in rapporto all'ultima ipotesi di accresciuta responsabilità pel commodatario: l'ipotesi di mora.

E così l'esame esegetico indicato a pag. 278 nr. 165 è finito.

169. — Richiamiamo ora il principio che normalmente il commodatario risponde di dolo, colpa lata e colpa lieve *(in abstracto)*, per avvertire che qualcuno, specie un egregio pandettista tedesco, il prof. Baron (2), lo afferma tenuto oltre i confini della colpa. Si vuole precisamente che il commodatario sia obbligato ad una cura e sorveglianza di grado superiore alla *diligentia boni patris familias* (così detta *custodia tecnica* o *custodia in senso tecnico* o *custodia subbiettiva*; espressioni non felici); per modo che debba rispondere anche di quegli avvenimenti che con una particolare cura e sorveglianza personale si sarebbero potuti evitare (danni dati da terzi o da animali, furti clandestini e simili evenienze; così detto *casus minor)* rimanendo

---

1) Cfr. Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 54 n. 10[b].

2) In due articoli dell'*Archiv für die civilistische Praxis*: vol. 52 [a. 1869] pag. 44 e segg., specie pagg. 65-73; vol. 78 [a. 1892] pag. 203 e segg., specie pagg. 260-267. Questi due articoli si intitolano rispettivamente: 1) *Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für* [o la responsabilità per] *custodia.* 2) *Die Haftung bis zur höheren Gewalt* [La responsabilità fino al limite della forza maggiore]. Confronta il Trattato generale del medesimo Autore: *Pandekten* 9[a] ed. Leipzig 1896 pag. 429 e segg. — Pel diritto storico vedi anche Pernice cit. a pag. 286 n. 2, pag. 353 e segg.

esente da responsabilità solo nelle ipotesi di caso fortuito tipico ed assoluto o di forza maggiore propriamente detta *(damnum fatale, vis maior, casus cui resisti non potest)*.

Tale dottrina non può accogliersi. — Lo vediamo passando in rassegna i principali argomenti sui quali si fonda [1]:

170. — 1) Le fonti, si osserva, esigono dal commodatario « diligentia diligentissimi patrisfamilias; exacta diligentia; exactissima diligentia ». Così nel § 2 I trascritto a pag. 281 [2], come pure nella L. 18 pr. D. h. t. (Gai *9 ad ed. prov.)*:

« In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fuga servorum qui custodiri non solent [3]... ».

Ma le suddette espressioni vanno esaminate nel loro contesto per determinarne il vero valore; ed il contesto, sia nel passo delle Istituzioni come nel passo delle Pandette [4], mostra che si vuol distinguere la diligenza dovuta dal commodatario nel caso normale in cui il

---

[1]) Brevemente *contra*, Windscheid *Diritto delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 53 n. 8 coi richiami.

[2]) Cfr. L. 1 § 4 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*), testo interpolato come già si è detto a pag. 281 n. 1; qui *exactissima diligentia*, nelle Istituzioni *exacta diligentia*.

[3]) Cfr. per quest'ultimo punto L. 5 § 6 D. h. t.

[4]) Da completarsi col brano trascritto a pag. 284.

negozio è volto a suo esclusivo profitto, dalla *diligentia quam suis* cui egli è tenuto nei casi di profitto comune. Per via di questo avvertimento appare che alle espressioni suddette, sia pure accentuate, non è da darsi, visto il contrapposto che si vuol istituire, un significato eccedente i confini della *diligentia* del *bonus paterfamilias*.

Valga a suffragio il confronto colla L. 3 D. *de peric. et comm.* 18.6 (Paul. *5 ad Sab.*):

« Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam exactiorem, quam in suis rebus adhiberet ».

Aggiungiamo che in altri passi ancora all'infuori della materia del commodato si vede come le espressioni sopraindicate non implicano un incremento di responsabilità oltre il limite normale della colpa lieve (1).

171. — 2) Si osserva che le fonti esigono dal commodatario, oltre la responsabilità per dolo e colpa, quella per custodia:

« Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare » — « ... et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere » (2).

---

1) Vedi p. es. e specialmente: L. 72 D. *pro socio* 17. 2 (Gai. *2 cottidian. rer.*) « Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem socium adquirit, de se queri debet », con cui cfr. § 9 I. *de societate* 3. 25 [26]; § 1 I. *de oblig. quasi ex contr.* 3. 27 [28] « ... quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet ..... ».

2) L. 5 cit. §§ 5 e 15.

Ma la *neglegentia in custodiendo* non è che una esplicazione della *culpa*, uno dei lati di questa; la *culpa* in senso largo si distingue in *culpa in faciendo* e *neglegentia in custodiendo*. E così si comprende benissimo, senza perder fede nella dottrina dominante che stiamo difendendo, come talvolta si indichi la mancata custodia quale colpa senz'altro, e tal'altra si dica che taluno risponde per colpa e per mancata custodia; adoperandosi prima *colpa* in senso ampio, poscia in senso stretto e cioè per *culpa in faciendo* (1).

172. — 3) Gaio nella L. 5 pr. D. *nautae caupones* 4.9 dichiara tenuti alla custodia il « fullo » ed il « sarcinator » nella stessa guisa che alla custodia sono tenuti « nauta et caupo et stabularius ». Gaio stesso poi, nelle sue Istituzioni 3.206 (2), parifica, rispetto alla custodia, il commodatario al *fullo* ed al *sarcinator*. Dunque, si dice collegando, il commodatario risponde della custodia nella stessa misura dei *nautae, caupones, stabularii*, eccedente senza dubbio, com'è noto, i confini della colpa.

Vediamo attentamente la cit. L. 5 pr. (Gai *5 ad ed. prov.*):

« Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut

---

1) L'uso di *culpa* per *mancata custodia* o *neglegentia in custodiendo* è evidente p. es. nella L. 14 § 10 D. *de furtis* 47. 2 (Ulp. *29 ad Sab.*): « ... Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, *quia custodiam prestare non debeat* ... is ... habet furti actionem... qui ob eam rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit ..... ». E vedi anche L. 2 § 1 D. *de peric. et commodo* 18. 6.

2) Riprodotto nel § 16 [18] I. *de obligat. quae ex del.* 4. 1.

permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sarcinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur ».

Vuole proprio il giurista indicarci qui la misura, il grado della responsabilità delle persone che nomina (*nauta*, ecc.)? No. Vuole soltanto mostrarci una direzione di detta responsabilità, un lato od elemento del suo contenuto; e precisamente egli osserva che alla loro prestazione diretta e principale si associa tacitamente, come prestazione subordinata o complementare, quella del *recipere custodiam*; sebbene per tale prestazione subordinata le dette persone non ricevano mercede (1). E continuando ad esaminare il passo, noi vediamo chiaramente che il *fullo* ed il *sarcinator* vengono posti insieme al *nauta* ecc., non già perchè prestino un egual grado di custodia, ma perchè prestano *custodiam* senza conseguire per ciò un compenso (2).

Con questo l'argomentazione avversaria sarebbe omai distrutta. — Ma vediamo tuttavia anche l'altro testo addotto, cioè Gai. 3.206, tenendo conto dei paragrafi precedenti e del successivo:

---

1) Vedi la L. 40 D. *locati cond.* 19. 2 (Gai. 5 *ad ed. prov.*) « Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat ». Il nostro passo doveva in origine seguire immediatamente questa legge o comunque mantenersi con essa in relazione (cfr. anche Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 198).

2) Non bene Windscheid (*Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 146 n. 2) nella sua affermazione che il frammento parli di custodia in senso tecnico nella prima metà del testo e non così invece nella seconda metà; sì che egli stesso è costretto a riconoscere lo sforzo di tale conciliazione colla dottrina dominante.

« *Quae de* fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare ».

Qui si trattasi del grado di responsabilità per la custodia, dell'intensità della custodia. Ma, dato il contrapposto col caso del deposito nel paragrafo seguente [1] (« Sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit... »), la responsabilità affermata nel nostro paragrafo risulta quella ordinaria della colpa lieve. Il depositario « custodiam non praestat » nel senso che risponde soltanto di dolo e colpa lata, non anche di colpa lieve, cui sono tenuti invece il *fullo*, il *sarcinator* ed il commodatario ad essi equiparato [2].

Sempre più si vede quindi come l'argomento che si è voluto trarre dalla pretesa equiparazione del *fullo* e del *sarcinator* al *nauta* ecc. e dei primi al commodatario sia affatto insussistente.

Ma veggasi ancora (poichè l'argomento è un caposaldo della dottrina avversaria) la L. 3 § 1 D. *nautae caupones* 4.9 (Ulp. *14 ad ed.*). Qui è detto chiaramente che la

---

[1]) Riprodotto nel § 17 [19] I. *de obligat. quae ex del.* 4. 1.

[2]) Dopo di che è agevole fissare la differenza di significato tra l'affermazione della L. 5 pr. D. cit., che il *fullo* ed il *sarcinator* « non pro custodia mercedem accipiunt », e l'altra del nostro paragrafo di Gaio, che « mercede capiendo custodiam praestant ». Là si dice che la mercede non si riferisce al servizio che fanno custodendo la cosa; qui si dice che siccome il negozio è loro profittevole (poichè ricevono mercede), la loro responsabilità si misura colla diligente custodia.

responsabilità del conduttore d'opera (ed è tale anche il *fullo* ed il *sarcinator*) si misura diversamente da quella del *nauta* ecc.; chè questi è obbligato anche pel così dett. *casus minor* cui il primo non è tenuto:

« in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei (nautae) dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit ».

Dunque il commodatario, che pel grado di responsabilità viene nelle Istituzioni gaiane, come abbiamo veduto, equiparato al *fullo* ed al *sarcinator* non è obbligato, al pari del *nauta* ecc., anche pel *casus minor*.

173. — 4) Scorriamo i testi in cui si dichiara esente da responsabilità il commodatario per la perdita della cosa. Troviamo espressioni dichiaranti la *vis maior* ed esempî unicamente di questa; così p. es. nella L. 5 § 4 D. h. t. e nel § 2 I. cit. (1). Dunque, si dice, pel *casus minor* il commodatario è obbligato.

Ma locuzioni ed esempî uguali abbiamo anche in altri rapporti, pei quali alla così detta custodia tecnica nessuno ha mai pensato; così in materia di tutela (2), di deposito (3), ecc.. — Gli è che i casi di *incendium*, *ruina*

---

1) Il primo testo trovasi trascritto a pagg. 281-282, il secondo a pagg. 273 e 281.

2) L. 50 D. *de admin. tut.* 26. 7.

3) L. 1 C. *depositi* 4. 34.

e simili non lasciano dubbio sull'assenza di responsabilità; mentre per gli altri casi bisogna vedere concretamente se poteva o no evitarsi il danno, ed in caso affermativo ugualmente sarà tenuto il soggetto quando il rapporto sia tale da vincolarlo oltre il limite ordinario della *culpa levis*. Insomma, come dice bene Ferrini ([1]), i casi di forza maggiore si prestano ad un paradigma generale; gli altri casi *fortuiti* risultano *tali* solo dall'esame delle circostanze concrete e individuali. Onde si può spiegare come vengano addotti esempî di *vis maior* per escludere la responsabilità pur in rapporti in cui non si esige più dell'ordinaria diligenza.

174. — 5) In diversi testi, quali §§ 15-16 [17-18] I. *de oblig. quae ex delicto* 4. 1 ([2]), L. 14 § 16 D. *de furtis* 47.2, ecc., è detto che il commodatario ha l'*actio furti* contro il ladro, poichè del furto risponde verso il commodante. La dichiarazione fatta in termini generali, cioè senza distinzione o limitazione di casi ([3]), si presenta come un altro argomento a favore della maggiore responsabilità affermata pel commodatario.

Ma che distinzione debba farsi e vada temperata la dichiarazione espressa in termini generali, risulta da altri testi. Ecco in tal senso, chiara e decisa, la L. 14 §§ 10 e 12 D. *de furtis* 47.2 (Ulp. *29 ad Sab.*):

«... neque enim, inquit (Iulianus), is, cuiuscumque interierit rem non perire, habet furti actionem, sed qui

---

[1]) Pag. 84 (vol. 53 pag. 274; pag. 285).

[2]) Dove si riproduce Gai. 3. 205-206.

[3]) Si pone solo la riserva che il commodatario sia solvente; chè, altrimenti, mancherebbe il necessario interesse.

ob eam rem tenetur, quod ea res *culpa eius* perierit: quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat. — Quod si conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo *culpa eius* subrepta sit res ».

E! ecco pure in tale senso un altro testo proprio in materia di commodato; la L. 20 D. h. t. 13.6 (Iulian. *3 ad Urseium Ferocem)*:

« Argentum commodatum si tam idoneo servo meo tradidissem ad te perferendum, ut non debuerit quis aestimare futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, tuum, non meum detrimentum erit, si id mali homines intercepissent ».

Invano si cerca di toglier efficacia a questo passo (che insegna appunto ad intendere con cautela altri testi che parlano troppo generalmente); o sofisticando sull'*intercipere*, mentre ne è chiara l'equivalenza al *decipere* prima adoperato, e perciò appare trattarsi non di furto violento, come si vorrebbe, ossia di forza maggiore (1), bensì di furto clandestino, con astuzia (2); o chiamando a confronto la L. 12 § 1 D. h. t., che vedremo più innanzi, ma che sin d'ora può dirsi, con sicura coscienza, non essere affatto in contrasto coll'attuale passo (3).

---

1) « Custodia adversus vim parum proficit »: L. 31 pr. D. *de action. empti vend.* 19. 1.

2) Per l'esegesi, avvertasi che fu attribuito ai compilatori il brano « tam..... ut non — deciperetur ... erit (invece di « erit » *esse*) »; cfr. Bremer *Iurisprud. antehadr.* cit. a pagg. 62-63 n. 3, p. 2 sez. 2 pag. 183 e Pernice ivi cit. E così semplicemente i Basilici 13. 1 c. 20, vol. 2 pag. 21, trad. lat. « Sed si per idoneum servum rem, quam mihi commodasti, tibi remisero, et quidam illum decipientes eam interceperint, tuum erit detrimentum ».

3) Possono aggiungersi le LL. 10 § 1 e 11 D. h. t. che militano

175. — Concludiamo ora nella lunga discussione fatta (nr. 169 e segg.) ripetendo che il commodatario è tenuto circa la cosa commodata ad evitare la *culpa levis in faciendo* e *in omittendo*, a spiegare la diligenza del buon *paterfamilias;* ma più oltre, come vorrebbe Baron specialmente, non si estende la sua responsabilità ([1]).

176. — Abbiamo detto da ultimo nella discussione testè chiusa che il commodatario risponde del furto, se in colpa; onde gli compete l'*actio furti* contro il ladro.

---

nello stesso senso, a noi favorevole, cioè che havvi responsabilità per furto in quanto vi sia *culpa*. Esse in pari tempo chiariscono ancor meglio la L. 12 § 1 D. cit. e confermano che questa non contraddice punto alla L. 20 D. h. t. (Sostituire *custodiam* a « culpam » nella cit. L. 10 § 1, come fa Baron, è assolutamente arbitrario e di più non vale di fronte alla L. 11).

[1]) Avvertiamo che numerosi studî romanistici sulla *responsabilità per custodia* furono fatti in Germania. Presso di noi vedi: Simoncelli *Contributo alla teoria della custodia nel dir. civ. ital.* nella *Rivista ital. per le scienze giurid.* vol. 14 [a. 1892] pag. 3 e segg., il quale dà ampio ragguaglio di diritto romano; Ferrini pag. 70 e segg. (vol. 53 pag. 260 e segg.; pag. 276 e segg.; e cfr. il *Manuale di Pand.* pagg. 581-582), al quale autore ci siamo anche in questa parte conformati; Scialoja *Lezioni sulle obbligaz.* dettate nell'Università di Roma nell'anno 1898-99 (Litografie) pag. 373 e segg.; Lusignani *La responsabilità per custodia secondo il dir. rom.* I (*Bibliot. dell'Archiv. Giurid.*) Modena 1902 e *Studî sulla responsabilità per custodia secondo il dir. rom.* II Parma 1903. Quest'ultimo A. ha dedicato all'argomento particolari considerevoli ricerche, non ancora compiute. (Nel fasc. I pag. 1 n. 1 quadro bibliografico completo). Egli ritiene la così detta custodia in senso tecnico, eccedente la colpa, una nuova forma di responsabilità creata dai giustinianei; all'uopo furono interpolati i passi della classica giurisprudenza. — Noi naturalmente abbiamo ristretta la discussione alla materia del commodato.

Su tale argomento va osservato, che mentre nel giure classico il commodatario poteva muovere tale azione anche prima di essere convenuto dal commodante — considerandosi che aveva un interesse sufficiente ad intentare l'azione suddetta per ciò che *poteva* venir chiamato a rispondere del furto — nel diritto giustinianeo invece il commodatario non può esperire l'*actio furti* se non dopochè il commodante lo abbia convenuto. Il commodante ha la scelta fra agire contro il ladro e agire contro il commodatario. Se si rivolge contro il ladro, il commodatario è senz' altro liberato, perchè implicitamente il commodante lo riconosce privo di colpa. Se il commodante si rivolge contro il commodatario, ciò vuol dire che reputa questo in colpa; il ladro rimane in tal caso liberato in confronto del commodante ed è tenuto invece verso il commodatario fatto responsabile del furto avvenuto.

Sempre sullo stesso argomento, si domanda ora: Potrà il commodatario ritenere il lucro fatto in seguito ad aver intentato l'*actio furti* o dovrà restituirlo al commodante? — Nel diritto giustinianeo, non deve restituire. Lo dice espressamente Giustiniano; ed anche ove non lo dicesse, lo si dedurrebbe dalla anzidetta nuova norma da lui posta, per cui l'iniziativa, avvenuto il furto, spetta al commodante; il quale una volta soddisfatto dal commodatario non ha più che pretendere. — Ma poteva esserci questione, e c'era infatti nel diritto precedente, quando non era riservata quell'iniziativa al commodante ed il commodatario normalmente agiva contro il ladro prima che il commodante avesse da lui preteso la restituzione della cosa. Sappiamo anche che Papiniano è stato prima per il *sì* e poi per il *no*.

Veggasi ora in argomento la L. 22 pr. e §§ 1, 1ª, 1ᵈ, 1ᵉ e 3, 3ª C. *de furtis* 6. 2, di Giustiniano, che ci informa anche dei precedenti:

« Manifestissimi quidem iuris est furto perpetrato ei competere furti actionem, cuius interest, ne furtum committatur. — Sed quaerebatur apud antiquos legum interpretes, si quis commodavit alii rem ad se pertinentem et ipsa res subtracta est, an furti actio adversus furem institui possit ab eo qui rem utendam accepit, idoneo scilicet constituto, quia et ipse commodati actione a domino pro ea re conveniri potest. — Et hoc quidem paene iam fuerat concessum, ut habeat ipse actionem, nisi inopia noscitur laborare: tunc enim furti actionem domino competere dicebant. — Tales itaque ambiguitates veterum, immo magis, quod melius dicendum est, ambages nobis decidentibus [1] in tanta rerum difficultate simplicior sententia placuit, ut in domini sit voluntate, sive commodati actionem adversus res accipientem movere desiderat sive furti adversus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex paenitentia ad alteram venire. — Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari: sin autem quasi commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem [2]... — Sed cum in secunda dubitatione incidebat, quid statuendum sit, si quis rem commodatam

---

[1]) Cfr. anche §§ 1*b* e 1*c*.

[2]) Cfr. § 16 [18] fin. I. *de obligat. quae ex delicto* 4. 1.

habuerit, quam aliquis furto subtraxerat et lite pulsatus condemnationem passus fuerat non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam furti, et postea dominus rei venerit omnem condemnationem accipere desiderans utpote ex suae rei occasione ortam, alia dubitatio incidit veteribus, utrumne rem tantummodo suam vel eius aestimationem consequatur, an etiam summam poenalem. — Et licet ab antiquis variatum est et ab ipso Papiniano in contrarias declinante sententias, tamen nobis haec decidentibus Papinianus, licet variavit, eligendus est, non in prima, sed in secunda eius definitione, in qua lucrum statuit minime ad dominum rei pervenire: ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, nec sit damno tantummodo deditus qui rem commodatam accepit, sed liceat ei etiam lucrum sperare » (1).

177. — Passiamo ora a dire dell'epoca di restituzione della cosa commodata.

Il commodatario, naturalmente, non è obbligato a rendere la cosa prima del tempo fissato dal contratto, o, se un tempo non è stato stabilito, prima che se ne sia servito per l'uso convenuto; ma in quest'ultimo caso, si capisce, il commodatario stesso deve usare della cosa dentro un tempo conveniente, conforme ad un equo

---

1) Il discorso di Giustiniano, oltrechè non riproduce certo la forma papinianea, è ripetutamente inesatto nella sostanza: il commodante è identificato al *dominus rei* e come tale indicato; il commodatario potrebbe ottenere condanna del ladro « non tantum in rem furtivam, sed etiam in poenam furti ».

Anche sulla materia di questo nr. 176 cfr. Ferrini, pag. 97 e segg. (vol. 53 pag. 287 e segg.). Vedi poi Pampaloni *Studî sopra il delitto di furto* Torino 1894-900 (estr. dagli *Studî Senesi* vol. 9-11 e 16) fasc. I pag. 137 e segg. (ivi vol. 10 pag. 99 e segg.).

arbitrio. — Interessano per questa materia i testi seguenti:

L. 5 pr. D. h. t. 13. 6 (Ulp. *28 ad ed.*): « Si ut certo loco vel tempore reddatur commodatum convenit, officio iudicis inest, ut rationem loci vel temporis habeat ».

L. 17 § 3 D. h. t. (Paul. *29 ad ed.*): « Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit [1]. cum autem id fecit, id est postquam commodavit [2], tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio interdandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris [3]: adiuvari quippe nos, non

---

[1]) Per questo primo brano cfr. pag. 268.

[2]) Secondo ogni probabilità uno dei tanti *id est ecc.* dei compilatori (Cfr. Eisele nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 11 [a. 1890] pag. 5).

[3]) Quest'ultima proposizione, « aut — commodaveris » appare intrusa di fronte a ciò di cui si occupava il giureconsulto e che

decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est. »

178. — Si sogliono ammettere però due casi in cui il commodatario può venir costretto a restituire la cosa prima del termine fissato o prima di essersene servito per l'uso convenuto; e precisamente: *a)* Quando il commodatario abusi della cosa; o per mancanza di cure o per esorbitanza dai limiti dell'uso pattuito; *b)* Quando al commodante sopravvenga un urgente impreveduto bisogno della cosa.

Questi due casi si affermano in generale per analogia col contratto di locazione, dove si trovano effettivamente, com'è noto, le due riserve corrispondenti: L. 3 C. *de locato* 4. 65 (Antoninus) (1).

Ora, non stenteremo certo ad ammettere il primo di tali casi; è una logica conseguenza dello stesso concetto e carattere del contratto concluso. — Havvi invece fortemente da dubitare rispetto al secondo caso. Che il locatore possa ripetere la cosa prima della scadenza per un improvviso bisogno di riaverla, è una deviazione dai principî, una disposizione di *ius singulare,* che non può estendersi per analogia. La stessa invocata analogia poi

---

egli svolge. Ritengo trattarsi di un glossema, o di una interpolazione dovuta alla naturale tendenza dei commissarî giustinianei a completare e sistemare, ancorchè più di una volta come qui fuor di luogo.

1) « Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es ». Per le interpolazioni vedi Eisele loc. cit. a pag. 302 n. 2, pagg. 29-30; e pel « maluerit » invece di *voluerit* cfr. qui pag. 273 n. 2.

non c'è, o c'è solo fino ad un certo punto. Infatti, il conduttore costretto a restituire anzi tempo potrà colla mercede che corrispondentemente non presta per la prima locazione trovarne un'altra consimile, probabilmente con poco o punto danno; mentre il commodatario che ha ottenuto l'uso gratuito della cosa, non troverà così facilmente chi gli faccia uguale gratuita concessione. Ond'ecco qualcuno, anche Windscheid (1) sembra, abbandonare la L. 3, pur volendo tuttavia mantenere la norma discussa, in base all'elemento generale della *bona fides*. Ma qui si replica: la *bona fides* vuole prima di tutto che si stia ai patti liberamente formati; *pacta servanda sunt* (2). Concludendo, il secondo dei due casi indicati è per lo meno molto più incerto del primo.

179. — La restituzione della cosa va fatta oltrechè all'epoca conveniente, secondo che si disse, nel luogo e nel modo conveniente.

Per questo rimandiamo alla L. 5 pr. D. h. t., trascritta a pag. 302, alla L. 20 D. h. t. trascritta a pag. 297, e trascriviamo ora la L. 12 § 1 D. h. t. (Ulp. *29 ad Sab.*) ivi citata:

« Commodatam rem missus qui repeteret cum recepisset, aufugit. si domino ei dari iusserat, domino perit: si commonendi causa miserat ut referretur res commodata, ei qui commodatus (3) est » (4).

---

1) *Diritto delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 54 n. 13.

2) E qui si ripresenta specialmente al pensiero il linguaggio stringente della L. 17 § 3 D. trascritta poco prima a pag. 302.

3) cui commodatum *scr.*

4) Aggiungi LL. 10 § 1 e 11 D. h. t.; per le quali pure cfr. pagg. 297-298 n. 3.

180. — Ed ora per completare tutta questa materia delle *Obbligazioni del commodatario*, prima di passare all'argomento delle *Obbligazioni del commodante*, vogliamo ancora dire brevemente della responsabilità di più commodatarî e di più eredi dell'unico commodatario.

1) Anzitutto come rispondono più persone che abbiano assunto insieme la stessa cosa a commodato?

A questo punto si riferisce un arduo passo del nostro titolo del Digesto, la L. 5 § 15 (Ulp. *28 ad ed.*):

« Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur..... sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio ».

Questo passo largamente interpolato mostra tuttavia che non erano concordi gli stessi giureconsulti romani su tal punto. Alcuni volevano che ciascuno dei più commodatarî avesse da rispondere soltanto *pro parte*; altri, fra cui Celso e Ulpiano che lo segue, propendevano a ritenerli obbligati ciascuno *in solidum*, in modo però che per la *litis contestatio* avvenuta in confronto di uno cessasse la responsabilità degli altri. Nel diritto giustinianeo, si sa, in forza della nota L. 28 C. *de fideiussor.* 8. 40 [41] tale efficacia liberatoria della *litis contestatio* non vi ha più.

Di solito si afferma che contraddice al testo ora trascritto la L. 21 § 1 D. h. t., di Africano; ma i due testi

si possono conciliare o altrimenti l'antinomia può togliersi colla ricerca delle interpolazioni [1].

2) Quanto al caso di più eredi dell'unico commodatario, bisogna distinguere colpa propria e colpa del defunto.

Per la colpa propria è naturale che siavi intera respon-

---

[1]) Vedi ancora L. 9 pr. D. *de duobus reis* 45. 2. Anche qui poi confronta e vedi Ferrini pag. 110 e segg. (vol. 53 pag. 300 e segg.; nelle note a Glück pag. 241 e segg. n. 8) con una modificazione importante nella *Enciclop. Giur.* vol. 12 p. 1 pag. 421. — Il punto si connette alla dottrina delle *Obbligazioni solidali*, dove anzi ha più largo e coordinato svolgimento. Si tenga conto quindi della relativa letteratura, fra cui il notevole più recente lavoro italiano di Ascoli *Sulle obbligazioni solidali* Roma 1890 (estratto dal periodico *Studî e Documenti di storia e diritto* anno 11) pagina 27 e segg. (ivi pag. 143 e segg.). e quello di Binder *Die Korrealobligationen* Leipzig 1899 pagg. 97 e segg. e 366 e segg. — Da ultimo, Sorrentino *La responsabilità del « periculum rei » nel commodato solidale. Note al fr. 21 § 1 D. XIII, 6* inserito negli *Studî di dir. rom. ecc. in onore di Scialoja*, Milano 1905 vol. 1 pag. 643 e segg. È uno studio esegetico pregevole. L'A. considera criticamente alcuni tentativi fatti per vincere le difficoltà dei due passi discordanti. Esamina quindi la L. 21 § 1 cit. in sè e nel confronto con altri testi; concludendo, specie in base a tale confronto, che la frase « pro cuiusque parte » sia interpolata. « Accettando l'interpolazione, si viene a concludere che per Africano o Giuliano, autore della suddetta legge, la comune obbligazione di rispondere del *periculum rei* produceva la solidarietà per i contubernali e come essi pel furto agivano *in solidum*, parimenti *in solidum* rispondevano pel rischio. Di fronte al diritto giustinianeo la difficoltà fra i due testi si elimina, considerando che tolta di mezzo l'efficacia estintiva della *litis contestatio*, il concedente conservava diritto di conseguire il residuo o le quote dagli altri coobbligati. Ma anche su questo riflesso preferisco qui sorvolare non potendo darne quell'ampia dimostrazione che ne darò nel mio trattato sulle obbligazioni solidali ».

sabilità. — Invece per la colpa del defunto gli eredi non saranno tenuti che *pro rata*; trattandosi di un'obbligazione già sorta e formante parte dell'eredità, la quale pertanto, conforme ai principî generali, si frazionerà in proporzione delle quote. Ed è qui il caso di citare la L. 3 § 3 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.*):

« Heres eius qui commodatum accepit pro ea parte qua heres est convenitur, nisi forte habeat facultatem totius rei restituendae nec faciat: tunc enim condemnatur in solidum, quasi hoc boni iudicis arbitrio conveniat ».

La prima proposizione « Heres — convenitur » conferma appunto quanto ora abbiamo detto. Ciò che segue è un'aggiunta infelice dei compilatori; infelice davvero, chè non può un coerede arbitrarsi di restituire anche le parti degli altri, col pericolo di pregiudicarne gli interessi, frustrando le buone ragioni che eventualmente possano avere per non restituire [1].

181. — II. *Obbligazioni del commodante*:

Il commodante, oltrechè non può richiedere la restituzione della cosa finchè non sia venuto meno il diritto del commodatario di servirsene [2], è tenuto per gli obblighi eventuali seguenti:

*1*) Deve rifondere al commodatario le spese necessarie straordinarie di qualche entità. Le spese ordinarie ed anche quelle straordinarie di lieve conto si reputano collegate all'uso e da questo compensate. — Le fonti indicano particolarmente come appartenenti a questa

---

[1]) Cfr. Ferrini loc. cit. e per l'interpolazione anche Eisele nella *Ztschr.* cit., vol. 13 [a. 1892] pagg. 124-125.

[2]) Cfr. pag. 301 e segg. coi testi ivi citati.

seconda categoria e quindi non da rimborsarsi le spese di mantenimento del *servus* commodato, le modiche spese per malattia o ricupero del medesimo in caso di fuga; invece le gravi spese per causa di infermità e quelle considerevoli in occasion di fuga devono rimborsarsi dal commodante. — Dovrà poi rifondere il commodante anche spese non necessarie se fatte col suo consenso o altrimenti conformi alla sua presumibile volontà.

2) Il commodante è tenuto a risarcire il commodatario del nocumento provenutogli a cagione di vizî della cosa commodata. Le fonti danno gli esempî di vasi in cui il commodatario versa olio o vino che si guasta o si sparge fuori; di un *servus fur* che deruba il commodatario.

Ma il commodante, conformemente ai principî, come quegli che dal contratto non ritrae vantaggio, non risponde che per dolo e colpa lata; ed anzi i testi insegnano che non bisogna essere corrivi ad ammettere esistenti codesti estremi della sua responsabilità. D'altra parte, sempre in base ai principî, la responsabilità del commodante sarà maggiore nei casi non normali di commodato, costituito a vantaggio di ambedue i contraenti od anche a vantaggio esclusivo del commodante: *diligentia quam suis* e *diligentia boni patrisfamilias* (1).

3) Il commodante deve cedere al commodatario, il quale venga costretto a risarcire la perdita della cosa, le eventuali sue ragioni contro i terzi riguardo alla cosa stessa; come riacquistandola è tenuto a restituirla al

---

1) Cfr. pagg. 277-278.

commodatario, in natura o nel valore pagato da esso commodatario a titolo di rifacimento.

182. — Vediamo i testi riguardo alle suddette obbligazioni eventuali del commodante.

Pel nr. *1*) va considerata specialmente la L. 18 § 2 D. h. t. (Gai. *9 ad ed. prov.*):

« Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant » (1).

Pel nr. *2*) si rinvia alla L. 17 § 3 D. h. t. trascritta a pagg. 302-303, e si continua colla L. 18 nel § 3:

« Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est » (2).

---

1) Son meglio concepiti i Basilici 13. 1 c. 18, vol. 2 pag. 20, trad. lat. « Cibaria ed impensas modicas in valetudinem servi vel servi fugitivi requirendi causa factas commodatarius fert: maior sumtus investigationis et valetudinis ad commodatorem spectat ». Adde: L. 22 D. h. t.; LL. 15 § 2 e 60 [59] D. *de furtis* 47. 2; Paul. 2. 4. 1; Collatio 10. 2. 5. — Per ciò che si disse circa spese non necessarie arg. L. 25 D, *de pigner. act.* 13. 7 e Paul. cit.

2) Adde: L. 22 D. h. t.; L. 31 D. *de pigner. act.* 13. 7; L. 62 [61] § 6 D. *de furtis* 47. 2. (Quanto al primo testo, fu più volte rilevata l'interpolazione nel brano finale: Gradenwitz *Interpol.* cit. a pag. 275 n. 1, pagg. 120-121; Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 1012; da ultimo Pernice cit. a pag. 272 n. 1, pag. 225 n. 2).

Aggiungasi la L. 62 [61] § 6 D. *de furtis* 47.2 (African. *8 quaest.*) dove a proposito del *servus fur* si dice, confrontando la responsabilità del commodante con quella di altri:

« paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari, quoniam, ut dictum sit, nulla utilitas commodantis interveniat » (1).

Pel nr. *3*) trascriviamo la L. 13 pr. D. h. t. (Pompon. *11 ad Sab.*) e la L. 17 § 5 D. h. t. (Paul. *29 ad ed.*) unitamente alla L. 12 D. *de re iudicata* 42. 1 (Marcell. *4 digest.*):

« Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnetur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet ».

« Rem commodatam perdidi, et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere ».

« In depositi vel commodati iudicio, quamquam dolo adversarii res absit, condemnato succurri solet, ut ei actionibus suis dominus cedat » (2).

183. — III. *Azioni*:

Il commodante ha l'*actio commodati directa*; di cui la formula, al tempo del relativo procedimento, poteva essere concepita *in ius* od *in factum*, come abbiamo già visto (3).

Il commodatario eventualmente ha l'*actio commodati*

---

1) Cfr. pag. 270 n. 1.

2) Adde: L. 21 pr. D. h. t. e cfr. L. 2 D. *de condict. sine causa* 12. 7.

3) Gai. 4. 47; e cfr. qui pag. 245 e segg.

*contraria*. Può anche far valere le sue ragioni di fronte alla ripetizione del commodante, *compensationis* e *retentionis iure*.

184. — Per l'*actio commodati directa* rimandiamo al § 2 I. *quib. mod. re* 3.14 [15] trascritto a pag. 254, alla L. 1 pr. D. h. t. 13.6 ivi pure trascritta ed in genere ai passi dei titoli del Digesto e del Codice *sedes materiae*.

Per l'*actio commodati contraria* rinviamo alla L. 17 §§ 3 e 5 D. h. t. poc'anzi trascritta (1); inoltre continuiamo colla L. 18 D. h. t. nel § 4, che interessa anche per ciò che menziona la compensazione in confronto dell'*actio directa*:

« Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem » (2).

---

1) Pagg. 302-303 e 310.

2) Cfr. pag. 249 e segg. (Gradenwitz *Interpolat.* cit. a pag. 275 n. 1, pag. 121 n. 2, specie fondandosi sul cambio di « contrario *iudicio* » in « contrariam *actionem* » giudica interpolate le parole « dicemus ecc. ». Ma diversamente Lenel nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 9 [a. 1888] pagg. 180-181).

È da ritenersi che la formula contraria non fosse proposta separatamente e singolarmente nell'Editto; il Pretore doveva limitarsi a dare un'*intentio duplex*, per l'azione diretta e la contraria. Vedi infatti L. 17 § 1 D. h. t. (Paul. *29 ad ed.*) « Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae » e cfr. Lenel *L'Édit* vol. 1 pagg. 292-293.

Pel *ius retentionis* vedi la L. 15 § 2 D. *de furtis* 47.2 (Paul *5 ad Sab.)* :

« Sed eum qui tibi commodaverit, si eam rem subripiat, non teneri furti placuisse Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote cum nec commodati tenearis. ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius habueris, etiam cum ipso domino, si eam subripiat, habebis furti actionem, quia in eo casu quasi pignoris loco ea res fuit » (1).

Complessivamente: L. 60 [59] D. h. t. 47.2 (Iulian. *3 ex Minicio)* :

« Si is, qui rem commodasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non potest quia suum recepisset et ille commodati liberatus esset (2). hoc tamen ita accipiendum est, si nullas retinendi causas is cui commodata res erat habuit: nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentio-

---

1) Dice bene, rispetto a questo passo, il prof. Pampaloni nei suoi *Studi* cit. a pag. 301 n. 1, fasc. I pag. 117 n. 13 (*Studi Senesi* vol. 10 pag. 79 n. 13): « Le ultime parole mostrano che l'estensione dell'*actio furti* agli aventi un *ius retentionis* (probabilmente più recente e dovuta a Giuliano) è sorta per analogia del caso del creditore pignoratizio ».

2) In questa prima parte del testo i compilatori hanno tolto il nome del giureconsulto rispondente e cambiato di conseguenza l'originario *posse* in « potest ». Ciò risulta chiaramente dalla motivazione (« quia ecc. ») dove i verbi al congiuntivo mostrano ancora la costruzione indiretta del periodo. Cfr. Lenel *Paling.* vol. 1 col. 486 n. 6, e meglio, anche per il seguito, Riccobono nel *Bullett.* cit. a pag. 47 n. 5, anno 8 [1895] pagg. 253-254 cui aggiungi pagg. 227 e 279-280 ed anno 7 [1894] pagg. 253-255.

nem eas servare quam ultro commodati agere, ideoque furti actionem habebit » (1).

185. — Si ricordi, da ultimo, che al commodante possono competere anche altre azioni all'infuori della specifica *actio commodati*. Tali: l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindicatio*; le azioni nascenti dal furto, per cosciente uso illecito della cosa o sottrazione della medesima da parte del commodatario *(furtum usus* o *furtum rei)* (2); l'*actio legis Aquiliae* (3); ecc.

## § 12.

## Il deposito *

Definizione e terminologia — Requisiti (pag. 315) — Effetti: I Obbligazioni del depositario (pag. 322); II Obbligazioni del depositante (pag. 338); III Azioni (pag. 340)

Casi speciali: Deposito necessario o miserabile (pag. 342). Deposito irregolare (pag. 345). Sequestro (pag. 356)

186. — DEFINIZIONE E TERMINOLOGIA. Il *deposito* è quel contratto reale per cui una persona, che dicesi *depositante* o *deponente*, consegna ad un'altra persona, che

---

1) Pel *ius retentionis* vedi e raffronta poi qui pagg. 277 e 279 e L. 4 C. ivi citata. Come tale ultima legge vada intesa colla riserva da noi espressa appunto nelle pagine citate apparisce chiaro nel confronto cogli altri testi qui trascritti, e perciò viene generalmente ammesso; a torto diversamente Brinz *Lehrb. der Pand.* cit. a pag. 169 n. 2, vol. 2 pag. 598 n. 48.

2) L. 5 § 8 D., §§ 6-7 I., L. 77 [76] pr. D. citt. a pag. 274 e segg.; gli altri passi citati ivi pag. 276 n. 1; e ancora L. 34 § 1 D. *de oblig. et action.* 44. 7 e L. 72 [71] pr. D. *de furtis* 47. 2.

3) L. 18 § 1 D. h. t. 13. 6.

* Paul. 2. 12; Collatio 10; § 3 I. *quib. modis re* 3. 14 [15]; Dig., tit. *depositi vel contra* 16. 3; Cod., tit. *depositi* 4. 34.

Non esiste alcuna monografia moderna rimarchevole sul de-

dicesi *depositario*, una cosa mobile affinchè la custodisca gratuitamente e la restituisca a richiesta.

187. — § 3 I. *quib. modis re* 3. 15 [14]: « Praeterea et is (1), apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse (2) de ea re quam accepit restituenda tenetur... » (3).

L. 1 pr. e § 1 D. *depositi vel contra* 16. 3 (Ulp. *30 ad ed.*): « Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim *de* auget depositum (4), ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertineat. — Praetor ait: *Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum... iudicium dabo* » (5).

188. — Nelle fonti il nostro contratto viene indicato colle voci *depositum* e *depositio*; la voce *depositum* designa anche, ed anzi più spesso, la cosa depositata. Le due

---

posito in diritto romano. Si segnala la traduzione del *Commentario* di Glück al nostro titolo per cura dell'avv. Preda, con ricca bibliografia e note originali interessanti, ancorchè rivolte in prevalenza al diritto odierno — Breve esposizione nel *Dictionn.* di Daremberg e Saglio ad voc., vol. 2 p. 1 pagg. 104-105 (di Humbert; ivi per la Grecia, di Caillemer, pagg. 103-104) e nella *Encyclop.* di Pauly ad voc., vol. 5 p. 1 col. 233 e segg. (di R. Leonhard).

1) Cfr. i paragrafi precedenti.

2) Come il commodatario; di cui nel § 2.

3) Cfr. L. 1 § 5 D. *de oblig. et act.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*).

4) *depositum* glossema; cfr. l'ed. di Mommsen e Lenel *Paling.* vol. 2 col. 612 n. 2.

5) L'ipotesi qui da principio esclusa è quella del cosidetto *deposito necessario* o *miserabile*; forma o caso particolare di deposito, del quale diremo più avanti.

espressioni derivano da *de* e *ponere*; la particella *de* rinforza il verbo *ponere* (1). — Come nel commodato accanto a *commodare* ci si presenta l'espressione *utendum dare*, così qui accanto a *deponere* troviamo *servandum dare* (2); ed anche qui (3) l'espressione più spiccia va indicata come la più recente, che prende il posto dell'altra (4).

Quanto alle parti, chi deposita si dice nelle fonti *deponens* o *depositor* e quegli che riceve *depositarius* (5); ma talvolta *depositarius* significa invece il deponente. Abbiamo poi le circonlocuzioni « is qui deposuit » e « is qui depositum suscepit » o simili, le quali sono adoperate più frequentemente delle suddette espressioni singole (6).

189. — REQUISITI. Sono i seguenti:

*1*) Il deposito, essendo un contratto reale, non è perfetto finchè non si sia fatta la tradizione dell'oggetto. —

---

1) Cfr. L. 1 pr. D. trascritta. Paul. 2. 12. 2 (Collatio 10. 7. 2) dice « Depositum est quasi diu positum..... » e lo segue Isid. *Orig.* 5. 25. 19 (in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 85); etimologia questa che certo non può accogliersi.

2) Paul. loc. cit. seguitando; L. 1 §§ 8 e 11, L. 22, L. 31 § 1 D. h. t.; e pei più antichi giureconsulti (Q. Mucio Scevola) Gell. *N. A.* 6 [7] 15 trascritto a pag. 276 n. 1.

3) Cfr. pag. 253 e segg.

4) La distinzione che fa Paolo in confronto di *depositum* (cfr. n. 1 e 2) « servandum est, quod ad breve tempus custodiendum datur » non appare giustificata. — Altre espressioni ancora: *commendare, custodiendum dare*. Per la prima, specialmente L. 186 D. *de V. S.* 50. 16 (Ulp. *30 ad ed.*) « Commendare nihil aliud est quam deponere ».

5) Qui ricordiamo che *commodatarius* invece non trovasi nelle fonti, ma solo presso gli interpreti (cfr. pag. 258).

6) Cfr. e vedi per questi cenni terminologici i soliti dizionarî delle fonti alle relative voci.

Anche qui pertanto, come nel mutuo e nel commodato, non va confuso il contratto suddetto cogli eventuali accordi precedenti.

Come nel commodato e diversamente che nel mutuo, si tratta di consegna semplice della cosa, senza trasferimento di proprietà e nemmanco di possesso (1).

190. — Basta quindi rispetto al deponente che questi abbia la fisica disponibilità della cosa; il semplice detentore, il possessore di mala fede, il ladro, affidando la cosa all'altrui custodia, obbligano l'accipiente ed acquistano l'*actio depositi*. Ma non potrebbe il depositario invocare il contratto per evitare di restituire la cosa al *dominus*; come restituendo a quest'ultimo egli dall'obbligo contrattuale riman liberato (2).

191. — § 3 I., trascritto a pag. 314.

L. 17 § 1 D. h. t. 16. 3 (Florentin. *7 instit.*): « Rei depositae proprietas apud deponentem manet: et possessio... ».

Paul. 2. 12. 1 (= Collatio 10. 7. 1): « Deponere possumus apud alium id quod nostri iuris est vel alieni ».

L. 1 § 39 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur » (3).

192. — Depositario può essere chiunque, salvo in mas-

---

1) Eccezioni si hanno nel *deposito irregolare* e nel *sequestro*, che vedremo più avanti; nel secondo può essere trasferito il possesso giuridico, nel primo trapassa addirittura la proprietà.

2) Cfr. pagg. 250-251 e 259.

3) Aggiungi i passi citati a pag. 260 n. 1, che parlano di entrambi i contratti. Vedi anche L. 16 e L. 31 § 1 D. h. t.

sima, si capisce, il proprietario della cosa. Eccezionalmente potrà questi ricevere in deposito la cosa propria; p. es. dall'usufruttuario o dal conduttore impedito per un certo tempo di custodirla.

L. 15 D. h. t., trascritta a pag. 260.

L. 45 pr. D. *de R. I.* 50. 17, trascritta ivi n. 1.

L. 31 § 1 D. h. t. 16. 3 (Tryphon. *9 disput.*): « ... depositum, cuius haec est potestas, ut alii [1], non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur... ».

193. — *2*) Il deposito presuppone una cosa mobile; come si vede anche nella stessa espressione *deponere* [2] ed appare in tutti i casi testuali. L'assunzione gratuita della custodia di immobili è un'altra figura di contratto [3].

All'infuori di tale riserva (cosa mobile), è indifferente di quale specie sia la cosa. Anche una cosa consumabile può naturalmente essere oggetto di deposito; poichè se qui havvi, come nel commodato, l'obbligo di restituire la stessa cosa ricevuta, non vi ha d'altra parte, a differenza del commodato, il diritto di usare della cosa.

194. — *3*) La cosa vien data perchè sia custodita; unicamente e direttamente a tal fine; che se allo scopo ed alla cura del custodire altro scopo ed altra cura si associasse, il contratto non sarebbe più deposito.

Ancora, la custodia dev'essere gratuita. — Se il depositante si obbligasse ad un compenso, il contratto mu-

---

[1]) aliena *ins.*

[2]) Cfr. la L. 1 pr. D. h. t. trascritta a pag. 314 « depositum.. dictum ex eo quod *ponitur* ».

[3]) Eccezione nel *sequestro*, forma particolare di deposito che vedremo più avanti, il quale si applica anche agli immobili.

terebbe natura; sarebbe una locazione di opere od un contratto innominato, a seconda che il corrispettivo consistesse in denaro oppure in altra prestazione.

Da questo requisito della gratuità della custodia deriva che il deposito per regola vien concluso nell'interesse esclusivo del depositante. Eccezionalmente però può darsi, fermo sempre l'elemento della gratuità, che siano interessate al negozio ambo le parti e persino, caso ancor più raro, che soltanto il depositario ne abbia vantaggio.

Per ciò che ora abbiamo detto circa la gratuità del contratto, havvi, è chiaro, piena analogia col commodato; soltanto si rileva l'inversione di parti nel servigio o favore, che proviene da chi riceve l'oggetto e non da chi lo dà [1].

195. — Rivolgiamoci ora alle fonti:

*a)* Anzitutto per il dichiarato scopo della custodia invochiamo ancora il § 3 I. e la L. 1 pr. e § 1, testi trascritti a pag. 314 [2].

---

[1]) L. 3 § 1 D. *nautae caupones* 4. 9 (Ulp. *14 ad ed.*) « ... si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto... sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse... »; L. 24 i. f. D. h. t. 16. 3 (Papin. *9 quaest.*) « ... qui beneficium in suscipienda pecunia dedit..... »; L. 1 § 5 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*) « Is... apud quem rem aliquam deponimus... non sua gratia accipit, sed eius a quo accipit... »; L. 62 [61] § 5 D. *de furtis* 47. 2 (African. *8 quaest.*) « ...idque evidentius in causa depositi apparere... multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse... ». Collatio 10. 2. 1 (Modestin. *2 different.*) « ...in depositi... causa sola deponentis utilitas vertitur... ».

[2]) Adde in questa stessa legge i §§ 9, 12-14 e la L. 9 § 3 D. *de iure dotium* 23. 3. Gaio 3. 207 (riprodotto in § 17 [19] I. *de obligat. quae ex del.* 4. 1) dice che il depositario « custodiam

*b)* Come non si abbia più un deposito là dove la custodia non è lo scopo principale ed anzi esclusivo del negozio, lo vediamo chiaramente nei seguenti passi:

L. 8 pr. D. *mandati* 17. 1 (Ulp. *31 ad ed.*): « Si procuratorem (1) dedero nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam ».

L. 1 §§ 12-13 D. h. t. 16. 3 (Ulp. *30 ad ed.*): « Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem (2). — Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis. et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus » (3).

---

non praestat » nel senso particolare che non risponde per la colpa lieve; vedi pagg. 293-294.

1) cognitorem *Ulp.*; cfr. Lenel *Paling.* vol. 2 col. 620 n. 2, e da ultimo Pernice cit. a pag 272 n. 1, pag. 194 n. 3 (contro Eisele che contesta l'interpolazione).

2) Vari autori (fra cui il nostro Ronga *Institus.* vol. 2 pag. 144 n. 6) citano questo passo nel dichiarare che non sono oggetto di commodato gli immobili, come quelli rispetto ai quali la pura e semplice custodia non si concepisce.

3) In quest'ultimo passo evidentemente non si tratta dell'incarico di custodire una cosa che già si trovi nelle mani del mandatario, bensì dell'incarico di ricevere una cosa che il mandatario non abbia e quindi custodirla. Chiarissimi i Basilici 13. 2 c. 1 § 13 (nell'ediz. di Heimbach vol. 2 pag. 29) dove è

*c)* Sopra la gratuità della custodia nel contratto di deposito ed il conseguente carattere di beneficio per il *tradens* che ha il negozio, vediamo:

L. 1 §§ 8-9 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, si quidem nullam mercedem servandorum vestimendorum accepit, depositi eum teneri et dolum dumtaxat praestare debere puto: quod si accepit, ex conducto. — Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de operis quicquam convenit, depositi actio est » (1).

§ 13 I. *de mandato* 3. 26 [27]: « ... quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur... ».

Altri testi si esprimono nel medesimo senso; fra essi la L. 5 § 2 D. *commodati* 13. 6 (Ulp. *28 ad ed.*), già vista trattando del commodato (2), dove leggiamo che « quia

---

sciolta l'espressione « (trad. lat.) si tibi mandavero, ut meo nomine rem ab aliquo recipias et custodias ». — In rapporto poi ai vari testi trascritti, dai quali traspare uno svolgimento storico, leggiamo interessanti osservazioni in Pernice cit. a pag. 272 n. 1, pag. 193 e segg.

1) Per quest'ultimo testo vedi anche Gradenwitz *Interpolationen* pagg. 143-144.

2) Pag. 281.

nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus » ([1]).

Senonchè, appunto quest'ultimo testo così seguita dopo le parole trascritte: « nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur... ». — Giustamente si ravvisa in questa riserva un'aggiunta dei compilatori ([2]); aggiunta infelice, perchè fuor di luogo in un testo che parla unicamente del deposito, e della quale quindi per la dottrina di questo contratto non è da tener conto ([3]). Si rifletta che, come abbiamo visto, senza alterazione alcuna sono stati accolti nella collezione giustinianea numerosi testi, i quali decisamente affermano o presuppongono il principio della gratuità nel deposito; onde non si potrebbe certamente ammettere che il nuovo diritto lo abbia abbandonato.

Viene addotto ancora come discorde dal detto principio un altro testo, la L. 2 § 23 i. f. D. *vi bonor. rapt.* 47. 8 (Ulp. *56 ad ed.*), dove troviamo scritto: « ... furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromissi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi ». Ma qui non si tratta, parmi, di compenso per la custodia, bensì di indennità per spese sostenute dal depositario ([4]).

---

[1]) Adde i testi citati a pag. 318 n. 1.

[2]) Cfr. pag. 281 n. 3.

[3]) Vedi specialmente Eisele nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 11 [a. 1890] pag. 26.

[4]) Così anche Dernburg *Il dir. delle oblig.* pag. 371 n. 5 e gli autori ivi citati. — I più ne deducono che una ricompensa data

196. — 4) Infine occorre la convenzione che verrà a richiesta restituita la stessa cosa ricevuta [1].

E qui, *mutatis mutandis*, possiamo riferirci alla trattazione del commodato [2].

Quanto alle fonti, anche qui interessa il § 3 I. cit., cui possiamo aggiungere, fra le altre, la L. 2 pr. D. *de reb. credit.* 12. 1 trascritta a pagg. 173-174; veggansi ancora i passi addotti pel commodato.

197. — Effetti. Gli effetti del deposito risguardano le obbligazioni che da esso derivano necessariamente e direttamente a carico del depositario e quelle che eventualmente ed indirettamente possono incombere al depositante — essendo il deposito un contratto bilaterale imperfetto — ed i mezzi con cui si ottiene l'adempimento di siffatte obbligazioni.

198. — I. *Obbligazioni del depositario*:

Il depositario è tenuto a custodire la cosa secondo l'accordo intervenuto e le norme ordinarie ed a restituirla a richiesta. — Per regola il depositario deve prestare personalmente tale custodia. Circostanze particolari possono giustificare il fatto che egli affidi la cosa ad un terzo; salvo rispondere della cattiva scelta di questo terzo e salvo l'obbligo in ogni caso di cedere al depositante la propria *actio depositi* contro il sostituto. — All'obbligo di restituire il depositario non può sottrarsi

---

volontariamente *ex post* non altera la natura del contratto, ed invocano l'analogia col mandato (L. 6 pr. D. *mandati* 17. 1); così anche il nostro Serafini *Istituz.* cit., vol. 2 pag. 122 n. 3.

[1]) Eccezione nel *deposito irregolare* (di cui più avanti), dove è ammessa la restituzione del *tantundem*.

[2]) Vedi pag. 271.

con una eccezione di compensazione o ritenzione, e neppure opponendo che la cosa gli appartiene quando ciò venga contrastato dall'avversario; dovrà pur in quest' ultimo caso fare la restituzione ed esperire in una causa a parte la sua pretesa di essere proprietario.

La cosa deve restituirsi senza deterioramenti e *cum omni causa*; vale a dire con ogni pertinenza colla quale sia stata depositata nonchè con i frutti prodotti e le posteriori accessioni.

Se il depositario non può assolutamente restituire la cosa depositata o non può restituirla in istato di integrità e *cum omni causa*, egli in massima risponde soltanto per dolo e colpa lata, e non anche per colpa lieve. Ciò conformemente ai principî generali; chè d'ordinario egli non ha interesse nel contratto (1).

La responsabilità del depositario non consente diminuzione in via eccezionale, com'è invece della responsabilità del commodatario; chè questa può ridursi dalla stregua normale della *culpa levis in abstracto* alla *culpa levis in concreto* ed ancor più alla misura del dolo e della colpa lata; quella, ossia la responsabilità del depositario,

---

1) Storicamente, aggiunge Dernburg *Il diritto delle obbligaz.* pag. 146 n. 11, la responsabilità limitata del depositario si spiega col fatto che in origine non eravi contro di lui un'azione contrattuale ma bensì solo un'azione *ex delicto*; vedi anche Pernice cit. a pag. 272 n. 1, pag. 211 e segg. e altri luoghi ivi citt.; cfr. poi questi *Appunti didatt.* pagg. 244 n. 1. Pernice loc. cit. interessa anche per lo sviluppo di codesta responsabilità del depositario dal dolo alla colpa lata e per la distinzione fra obbligo di restituire e obbligo di custodia. Da ultimo per il detto sviluppo De Medio nel *Bullett. dell'Istit. di d. r.* a. 17 [1905] pag. 24 e segg.

contenuta già normalmente in tali ristretti limiti, finirebbe per svanire, violando noti principî generali.

Può invece estendersi eccezionalmente tale responsabilità, sì da abbracciare pure la colpa lieve, di più, anche il caso fortuito. — E precisamente il depositario è tenuto anche per la colpa lieve: 1) Quando abbia assunto tale maggiore responsabilità. 2) Quando il contratto gli giovi. 3) Quando abbia spontaneamente profferto i suoi servigi. — Ed è tenuto il depositario inoltre pel caso fortuito: 1) Quando così sia stato convenuto. 2) Quando si tratti di un *casus dolo vel culpa (lata) determinatus*; com'è quando il depositario stesso usi della cosa senza che il *tradens* glielo abbia permesso. 3) In caso di sottrazione. 4) In caso di mora.

199. — Passiamo ai testi:

*a)* Per l'obbligo generale di custodire e restituire *in specie* rinviamo specialmente ai due testi citati fin da principio a pag. 314: § 3 I. e L. 1 pr. e § 1 D. [1]. — Circa il caso menzionato di subdeposito veggasi la L. 16 D. h. t. (African. 7 *quaest.*):

« Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet » [2].

---

[1]) Cfr. pag. 318 e ivi gli altri passi citati in n. 1.

[2]) Giustamente avverte Dernburg (*Il dir. delle obblig.* pag. 372 n. 10) non potersi argomentare da tal passo, come si è fatto, che senz'altro od in via generale sia lecito affidare all'altrui custodia ciò che presso di noi fu depositato; in massima la custodia dev'essere invece prestata direttamente dal depositario. Aggiungi poi in materia Paul. 2. 12. 8 (Collatio 10. 7. 8) dove si

*b)* Come il depositario non possa sottrarsi all'obbligo di restituire con una eccezione di compensazione o ritenzione e neppure facendo richiamo al suo diritto di proprietà, secondo che dicemmo, lo si vede chiaramente nella L. 11 pr. C. *depositi* 4. 34 (Iustinian.):

« Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accepit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accepit, ut non concessa ei retentio generetur, et contractus qui ex bona fide oritur ad perfidiam retrahatur » (1).

Ma che avanti Giustiniano fossero ammesse *compensatio* e *retentio* appare nel linguaggio stesso di questo imperatore e può riscontrarsi per la *retentio* nella Collatio 10. 2. 6 (2).

---

attesta un' *actio utilis* del primo depositante contro il subdepositario: « Si quis rem penes se depositam apud alium deposuerit, tam ipse directam, quam is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt ».

1) Vedi anche i paragrafi seguenti, e cfr. L. 14 § 1 C. *de compensat.* 4. 31 e § 30 I. *de action.* 4. 6.

2) Cfr. pagg. 251-252. Che se quanto alla *compensatio* si è addotto Paul. 2. 12. 12 per affermarla esclusa già prima di Giustiniano, giustamente viene controsservato (vedi Naber in *Mnemosyne* N. S. vol. 21 [a. 1893] pag. 35) che tal passo può avere un senso diverso, estraneo alla materia; e precisamente questo attribuitogli sino *ab antiquo* « non alia res pro alia, sed ipsa res reddenda est, quae dignoscitur fuisse commendata ». (Cfr. L. 1 § 5 D. *de O. et A.* 44. 7). — Più ampiamente poi per la questione della *compensatio* nel nostro contratto vedi gli autori

*c)* Particolarmente per la restituzione della cosa non deteriorata, così si esprime la L. 1 § 16 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*):

« Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse » (1).

Per l'obbligo di restituire anche pertinenze e profitti:

L. 1 §§ 24 e 41 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « ... et fructus in hanc actionem (depositi) venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda veniat. — Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur an et species comprehendendae sint? et ait Trebatius cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum: quod et si res ostensae sunt et sic depositae, adiciendae sunt et species vestis. Labeo autem ait eum qui cistam deponit singulas quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. quid ergo si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? non multum facere, cum suscepit depositum. ergo et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit » (2).

---

speciali sulla compensazione, in particolare C. Longo nelle note a Glück *Comment. delle Pand.* lib. 16 pag. 118 n. *g.* e C. Appleton *Hist. de la compensat.* cit. a pag. 241 n. 2, pag. 489 e segg.

1) Cfr. L. 34 D. h. t.

2) Quest'ultimo paragrafo è particolarmente interessante e discusso. — Di accessorî della cosa depositata parla anche la L. 1 § 5 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*) ed a primo aspetto in modo che desta sorpresa; ma giustamente il testo viene interpretato nel senso che voglia solo escludere un'azione indipendente per gli accessorî: « Quae depositis rebus accedunt, non sunt deposita, ut puta si homo vestitus deponatur, vestis enim non est deposita: nec si equus cum capistro, nam solus equus depositus est ».

L. 28 i. f. D. h. t. (Scaev. *1 respons.*): « ... deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est » (1).

*d)* La responsabilità normale del depositario è dichiarata da numerosi passi, fra i quali:

§ 3 I. cit., il quale seguitando oltre la parte trascritta a pag. 314, dice « sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine, id est desidiae atque neglegentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui neglegenti amico rem custodiendam tradit, suae facilitati id imputare debet » (2).

L. 5 § 2 D. *commodati* 13. 6 (Ulp. *28 ad ed.*), trascritta a pagg. 281 e 320-321.

L. 1 C. h. t. (Alex.): « ... qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, si non aliud specialiter convenit, praestare debuit (3) ... » (4).

---

1) Adde L. 38 § 10 D. *de usuris* 22. 1 e LL. 3 e 4 C. h. t. 4. 34.

2) Ed anche qui cfr. la L. 1 § 5 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*), dove il limite di responsabilità del depositario è giustificato con ciò che egli non ha vantaggio dal contratto (conforme a L. 5 § 2 D. cit. e Collatio 10. 2. 1) e si soggiunge i. f., non da Gaio ma dai compilatori, « magnam tamen neglegentiam placuit in doli crimen cadere ». Vedi anche Ferrini cit. a pag. 47 n. 5, pag. 174 (nell'Estratto pag. 78), Pernice cit. a pag. 272 n. 1, pag. 214, e da ultimo De Medio loc. cit. a pag. 323 n. 1.

3) È interessante il confronto con Collatio 10. 8.

4) Altri passi: L. 3 § 1 D. *nautae caup.* 4. 9; L. 16 D. *de cond. furtiva* 13. 1; L. 1 §§ 10 e 47 e passim D. h. t. 16. 3; L. 17 § 2 D. *de praescr. verb.* 19. 5; L. 14 § 3 D. *de furtis* 47. 2; L. 23 D. *de R. I.* 50. 17; Gai. 3. 207 (riprodotto nel § 17 [19] I. *de oblig. ex del.* 4. 1); Paul. 2. 12. 6 (Collatio 10. 7. 6); Collatio 10. 2. 1 e 4 e 10. 3 e 5. — Quando il depositario è impedito di restituire in-

A torto alcuni, fra i quali Windscheid ([1]), deducono da questa responsabilità limitata del depositario che il deposito non obblighi propriamente alla custodia, bensì soltanto alla concessione di uno spazio perchè in esso la cosa sia custodita ([2]). Tale tesi non trova punto appoggio nella L. 1 § 12 D. h. t. quando si tenga conto, come deve farsi, di tutto il paragrafo ([3]).

*e)* Come non si possa parlare di diminuita responsabilità del depositario, lo si vede chiaramente nella L. 1 § 7 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*):

« Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est » ([4]).

---

dipendentemente da dolo o colpa lata (p. es. se l'erede del depositario ha venduto la cosa ignorando il deposito fatto al suo autore) non è tenuto che sino alla concorrenza di ciò onde si trova arricchito; il che comprende la cessione delle azioni acquistate contro i terzi: L 1 § 47, L. 2, L. 3, L. 4 D. h. t. Per un caso analogo vedi L. 1 § 32 D. h. t.

[1]) *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 58 n. 1.

[2]) Contrariamente vedi anche Dernburg *Dir. delle obbligaz.* pag. 371 n. 4, il quale contrappone il giusto apprezzamento di un vecchio giurista pratico: « Si studiosus vel scholaris in alterius scholaris museo librum collocet scientis et patientis non est depositum ».

[3]) Vedilo trascritto e determinato nel suo valore a pag. 319. Windscheid appunto non dà il testo completo, onde può esservi equivoco.

[4]) Cfr. L. 17 pr. D. *commodati* 13. 6, trascritta a pag. 287; e per qualche difficoltà esegetica (L. 7 § 15 e L. 27 § 3 D. *de pactis* 2. 14) vedi da ultimo Ferrara *Teoria del negozio illecito nel dir. civ. ital.* Milano 1902 pagg. 223-224 e Di Marzo *Note critiche a proposito della L. 7 § 15 D. 2. 14* nel volume *Onoranze al prof. V. Lilla* Messina 1904 pag. 159 e segg.

*f)* Circa la maggiore responsabilità del depositario, per colpa lieve ed anche per caso fortuito, rinviamo a L. 5 § 2 D. *commodati* 13. 6, L. 2 § 23 i. f. D. *vi bonor. rapt.* 47. 8, L. 1 C. h. t. 4. 34 nei brani delle medesime trascritti a pagg. 320-321 e 327, ed aggiungiamo i seguenti passi:

L. 7 § 15 D. *de pactis* 2. 14 (Ulp. *4 ad ed.*): « ... si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam ».

L. 1 §§ 6, 25 e 35 D. h. t. 16. 3 (Ulp. *30 ad ed.*): « Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventione accipiunt. — Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes » (1). — Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos ».

L. 12 § 3 D. h. t. (Pompon. *22 ad Sab.*): « Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret, sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, pe-

---

1) Quest'ultimo paragrafo, non sufficientemente considerato dagli studiosi, suscita meraviglia e difficoltà. Vedi da ultimo Pernice cit. pag. 212 n. 5; anche per gli autori precedenti.

riculo eius apud quem depositum fuerit est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus nec reddidit ».

L. 39 D. *mandati* 17. 1 (Neratius 7 *membran.*): « Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione deponi mandatumque suscipi, ut res periculo eius sit qui depositum vel mandatum suscepit: quod et mihi verum esse videtur » (1).

200. — Quanto al momento della restituzione, essa deve seguire appena il deponente la esiga. Una determinazione temporale che si sia aggiunta al contratto non significa che al depositario sia lecito di ritener la cosa fino al tempo indicato, ma invece che il deponente ha diritto al servigio di custodia da parte del depositario per tutto quel tempo; il termine qui è, eccezionalmente, a vantaggio del creditore, cioè del depositante, e questi perciò può rinunziarvi e ridomandare prima la cosa. — D'altra parte, naturalmente, cessa l'obbligo della restituzione immediata quando questa sia impossibile per cause non imputabili al depositario; come havvi poi una eccezione all'obbligo suddetto nel caso di condizione posta non nell'interesse esclusivo del deponente (*sequestro*).

Quanto al luogo della restituzione, le fonti dicono che essa segue là dove al momento della richiesta la cosa si trova senza dolo da parte del depositario. Aggiungono che se il deponente fin da principio abbia indicato un luogo diverso da quello in cui fa il deposito oppure al momento della richiesta indichi un luogo par-

---

1) Per interpolazioni nel gruppo di passi qui trascritti, specie in rapporto al patto onde il depositario si addossa il *periculum*, vedi da ultimo Di Marzo cit. a pag. 328 n. 4 e gli autori ivi citati.

ticolare, in tal luogo estraneo potrà l'oggetto venirgli mandato, a sue spese ed a suo rischio.

A chi si restituisce? A chi ha fatto il deposito od al suo erede. Un terzo, fosse pure il proprietario della cosa, non ha qualità per reclamarla come deposito, essendo rispetto a lui il contratto concluso fra deponente e depositario *res inter alios acta.* Ma va da sè che il proprietario della cosa depositata suo malgrado presso un terzo può rivendicarla contro questo terzo; ed *aequitatis causa* gli si concede anche nel diritto giustinianeo, per via di interpolazione, una *utilis actio depositi* quando sia stato promesso di farne a lui proprietario la restituzione.

L. 1 §§ 22, 45-46 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Est autem et apud Iulianum libro tertio decimo digestorum scriptum eum qui rem deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat: quid enim si in provincia res sit vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis [1] tempore non sit facultas? vel condicio depositionis non exstitit. — Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere. — Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate ».

L. 12 pr. e § 1 D. h. t. (Pomponius *22 ad Sab.*): « Si in

---

[1]) Quest'ultima parola non è di Ulpiano; cfr. Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 614 n. 5.

Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non inpensa eius id fiat apud quem depositum sit, sed eius qui deposuit. — Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis. sed dicendum est, si velit actor suis inpensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit, quoniam et in ad exhibendum actione id servatur » (1).

L. 8 C. *ad exhib.* 3. 42 (Diocl. et Maxim.): « Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. — § 1. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, iure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intellegis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio » (2).

---

1) Periodo quest'ultimo (dalle parole « sed dicendum ») che già A. Fabro giudicava interpolato; cfr. il *Bullett. dell'Istit. di dir. rom.* a. 13 [1900] pag. 227.

2) Abbiamo qui uno dei noti casi discussi di eccezione al principio della nullità dei contratti a favore di terzi. Vedi fra gli autori più recenti Eisele *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte* [Contributi alla Storia del dir. rom.] Freiburg i. Br. u. Leipzig 1896 pag. 79 e segg. e più completamente Pacchioni *I contratti a favore di terzi secondo il dir. rom. e civ.* Innsbruck 1898 pag. 56 e segg.; e cfr. Girard *Manuel* pag. 447 n. 2, Ferrini *Manuale* pag. 660 n. 3, e Bonfante *Istit.* pag. 354 n. 1. — *a)* La proposizione finale « utilis autem tibi ecc. » e poco prima la frase « stricto iure » giustamente si ritengono interpolate (onde nel testo abbiamo detto che l'*utilis actio depositi* concessa al pro-

Aggiungi questi altri passi: L. 1 § 37, L. 6, L. 26 pr. D. h. t. e L. 11 pr. C. h. t. trascritta a pag. 325; e cfr. pag. 316 n. 2 e 3.

---

prietario nelle indicate condizioni è giustinianea). Ciò in ispecie per la notevole analogia di fattura che presenta tal nostra L. 8 colla L. 7 C. *de pactis conventis* 5. 14, che è di sicuro interpolata (vedi Basil. 29. 1 c. 31 sch. Τοῦτο di Taleleo, nell'edizione di Heimbách vol. 3 pag. 483 e vol. 6 pag. 376; cfr. Krueger nella sua edizione del Codice, h. l.) nè in contrario potrebbe addursi Paul. 2. 12. 8 (qui trascritto a pag. 324 n. 2), chè, a prescindere da altri rilievi, l'*actio utilis* ammessa dal frammento di Paolo non è secondo ogni verosimiglianza un'*actio utilis ex alieno pacto,* mentre ad un cotale patto punto si accenna. È piuttosto curioso che nei Basilici (15. 4 c. 28, nell'ediz. cit. vol. 2 pag. 178) non vi sono i punti che crediamo aggiunti dai compilatori; il che non si saprebbe spiegare meglio che con un voluto ritorno al diritto classico; confermato dai relativi scolî, (sc. 2, ivi pag. 179) dove si richiama e ripete la regola « per extraneam personam actio adquiritur nemini » (ivi, trad. lat.), e dall'altro fatto che parimenti nei Basilici (25. 1. 13, ivi vol. 3 pag. 60) riproducendosi la L. 13 D. *de pigner. act.* 13. 7 si ommette l'*actio in factum* che corrisponde all'*actio utilis* della nostra L. 8. *b)* Resta poi da determinarsi l'indole ed il fondamento dell'*actio utilis* in discorso. Gli apprezzamenti negli autori sono diversi; ma più nel vero sembrano coloro i quali reputano che l'*actio utilis* della L. 8 C. cit. non sia che l'azione del deponente concessa *utiliter* al proprietario, come quegli che si considera *rappresentato* dal deponente stesso nel contratto di deposito concluso. A tale opinione accede pure, con stringente e persuasivo ragionamento, il prof. Pacchioni, concludendo quindi, che anche la L. 8 C. cit., al pari di altri testi, non va presa in esame per la materia dei contratti a favore di terzi, ma bensì invece per la dottrina della rappresentanza. *c)* Quest'ultima conclusione viene combattuta da Hellwig *Die Verträge auf Leistung an Dritte* [I contratti a favore di terzi] Leipzig 1899 pag. 30 e segg., il quale però è d'accordo nell'ammettere l'interpolazione. Nega anche questa invece Dniestrzánski *Die Aufträge zugunsten Dritter* [I contr. a fav. di terzi] vol. 1... Leipzig

201. — In caso di fallimento, il credito del deponente è privilegiato. Il rango di tale privilegio forma oggetto di controversia.

L. 7 §§ 2-3 e L. 8 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*; Papin. *9 quaest.*): « Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum, hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito. — Item quaeritur, utrum ordo spectetur eorum qui deposuerunt an vero simul omnium depositariorum ratio habeatur. et constat simul admittendos: hoc enim

---

1904 pag. 276 e segg. Ma gli argomenti addotti dall'uno e dall'altro autore non ci paiono efficaci. Avvertasi da ultimo che Ferrini (voce *Obbligazione* nell'*Enciclop. Giur. Ital.* vol. 12 p. 1 pagg. 712-713) concorda invece con quanto sopra si è detto sia per l'interpolazione affermata come pel giudizio sull'indole ed il fondamento dell'*actio utilis* in discorso, mentre poi spiega in modo diverso la mancanza nei Basilici delle proposizioni interpolate: « Che i compilatori dei Basilici abbiano mirato ad una reazione contro le applicazioni giustinianee del *contrahere alteri* sarebbe ben poco in armonia collo spirito del diritto bizantino. Piuttosto è da avvertire che Taleleo lavorava sulle più antiche elaborazioni greche dei tre codici e che quindi può aver tolto da queste la versione, senza avvertire l'avvenuto mutamento; in modo affatto simile nella Parafrasi greca delle Istituzioni più volte ricompare una più antica versione senza che sieno state considerate le mutazioni introdotte nel testo. Quanto alla soppressione dell'*actio in factum* nella somma del fr. 13 pr. D. XIII. 7 (B. 25. 1. 13), essa non ha in realtà molta importanza, poichè nel compendio dell'Anonimo non sempre è riprodotta tutta la sostanza dei testi epitomati ».

rescripto principali significatur. — Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est, sed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est. plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper praecedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet ».

L. 24 § 2 D. *de rebus auct. iud.* 42. 5 (Ulp. *63 ad ed.*): « In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia » (1).

202. — Trattando delle *Obbligazioni del depositario* conviene aggiungere espressamente che questi pel contratto in sè non ha alcun diritto di usare della cosa e perciò, se ne usa, risponde contrattualmente e può anche essere tenuto come reo di furto.

---

1) Trattazione speciale dell'argomento di questo numero in Pellat *Textes choisis* cit. a pag. 173 n. 3 i. f., nr. 6 pag. 77 e segg., sulla guida di Vangerow *Lehrbuch der Pandekten* cit. a pag. 266 n. 1, vol. 3 pag. 225 e segg. Alla conciliazione accolta da questi autori accede pure Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 1 pag. 81 n. 22. — Per l'apprezzamento economico di tale *privilegium exigendi*, in coordinazione ad altri analoghi, vedi Oertmann *Die Volkswirtschaftslehre des Corpus iuris civilis* [La scienza economica del C. i. c.] Berlin 1891 pagg. 105-106.

Per questo vedi specialmente la L. 29 pr. D. h. t. (Paul. *2 sent.*) [1]:

« Si sacculum vel argentum [2] signatum deposuero et is pénes quem depositum fuit me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit » [3].

Ma non è escluso che il deponente conceda al depositario mentre si fa il deposito la facoltà di usare, ove lo voglia, dell'oggetto. In tale ipotesi è lecito naturalmente al depositario di usare dell'oggetto stesso; col quale fatto il rapporto obbligatorio cambia, diventando mutuo od anche commodato a seconda dei casi. — La facoltà di uso potrebbe venire accordata anche posteriormente alla conclusione del contratto di deposito. In tal caso il rapporto muterebbe colla nuova convenzione, cioè a partire da questa concessione, prima ancora che l'accipiente si servisse della cosa.

L. 9 § 9 D. *de reb. cred.* 12. 1 (Ulp. *26 ad ed.*): « Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva Proculus etiam antequam moveantur, condicere quasi mutua tibi haec posse [4] aiunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim coepit possidere. ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit et poterit ei condici ».

---

[1]) Paul. 2. 12. 5 (Collatio 10. 7. 5).

[2]) argentum vel sacculum *scr.*

[3]) Adde: § 6 I. *de obligat. ex del.* 4. 1 (Gai. 3. 196); L. 16 D. *de condict. furt.* 13. 1; L. 77 [76] pr. D. *de furtis* 47. 2; LL. 3 e 4 C. h. t. 4. 34; Gell. *N. A.* 6 [7]. 15. (Cfr. pagg. 275-277; e per le interpolazioni, Di Marzo *Saggi critici sui libri di Pomponio ad Quintum Mucium* Palermo 1899 pag. 117 e segg.).

[4]) me, *ins.*

L. 10 D. h. t. 12. 1 (Ulp. *2 ad ed.*): « Quod si ab initio, cum deponerem, uti tibi si voles permisero, creditam non esse antequam mota sit, quoniam debitu iri non est certum ».

L. 1 § 34 D. h. t. 16. 3 (Ulp. *30 ad ed.*): « Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut si voluisses utereris, prius quam utaris depositi teneberis » ([1]).

203. — Ed ora anche qui, come si è fatto pel commodato ([2]), prima di passare alle *Obbligazioni del depositante*, consideriamo nell'argomento attuale delle *Obbligazioni del depositario* le ipotesi di pluralità di soggetti, originaria o successivamente verificatasi: *più depositari* o *più eredi dell'unico depositario*.

1) Quando più individui assumono insieme la custodia gratuita di una cosa, ciascuno di essi è obbligato *in solidum*; ma quegli il quale riesca a provare che a lui non può imputarsi la perdita o il danneggiamento della cosa vien liberato e rimangono responsabili soltanto gli altri.

L. 1 § 43 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit nec liberabitur alter, si cum altero agatur: non enim electione, sed solutione liberantur. proinde si ambo dolo fecerunt et alter quod interest praestiterit, alter non convenietur exemplo duorum tutorum: quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur:

---

[1]) Aggiungi ai passi trascritti la L. 4 pr. D. *de R. C.* 12. 1 e Paul. 2. 12. 9 (Collatio 10. 7. 9); cfr. pagg. 161 n. 1 e 178 n. 3. Per ambo i casi, ancora Pellat *Textes choisis* cit., nr. 5 pag. 73 e segg.

[2]) Vedi pag. 305 e segg.

idemque et si alter dolo non fecerit et idcirco sit absolutus, nam ad alium pervenietur » (1).

2) Quando invece si tratti di più eredi dell'unico depositario, conviene distinguere colpa propria e colpa del defunto, come nella stessa ipotesi in materia di commodato e per giungere alle stesse conclusioni, confermate dalle fonti (2).

Per la colpa propria (s'intende qui, dolo e colpa lata) si risponde pienamente. — Per la colpa del defunto gli eredi non saranno obbligati invece che *pro rata*.

L. 9 D. h. t. (Paul. *17 ad ed.*): « In depositi actione si ex facto defuncti agatur adversus unum ex pluribus heredibus, pro parte hereditaria agere debeo: si vero ex suo delicto, pro parte non ago: merito, quia, aestimatio refertur ad dolum, quem in solidum ipse heres admisit » (3).

204. — II. *Obbligazioni del depositante*:

*1*) Deve rifondere al depositario tutte le spese necessarie; ed anche altre spese se fatte col consenso del

---

1) Adde L. 9 pr. e § 1 D. *de duobus reis* 45. 2. — Ricordiamo gli scritti sulle *Obbligazioni solidali* fra cui il più recente italiano di Ascoli già cit. a pag. 306 n. 1, pag. 25 e segg. (rispettivamente 141 e segg.), e di nuovo il medesimo Autore nel *Bullett. dell'Istit. di dir. rom.* a. 4 [1891] pag. 290 e segg.; nonchè Binder parimenti citato a pag. 306 n. 1, loc. ivi cit. e ancora pag. 272 e segg.

2) Vedi pagg. 306-307.

3) Adde LL. 7 § 1, 10, 18, 22 D. h. t. — Qui si può ricordare sulla materia in genere della responsabilità degli eredi una recente monografia di Sorrentino *La responsabilità degli eredi pel dolo del defunto nell'actio depositi nel dir. rom. class.* Roma 1903, in cui è fatta larga parte alla ricerca delle interpolazioni ed allo studio dei Bizantini.

depositario stesso o altrimenti conformi alla sua presumibile volontà.

*2*) Deve risarcire il depositario del danno che la cosa gli abbia prodotto; rispondendo a tal riguardo non solo per dolo e colpa lata ma anche per colpa lieve in massima, poichè il contratto in massima è a beneficio suo.

*3*) Deve cedere al depositario il quale sia costretto a risarcire la perdita della cosa le eventuali sue ragioni contro i terzi in rapporto alla cosa stessa; come riacquistandola è tenuto a restituirla al depositario, in natura o nel valore da questo pagato a titolo di rifacimento.

205. — L. 5 pr. D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur, in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum suscepit ».

Particolarmente riguardo alle spese vedi la L. 23 D. h. t. (Modestin. *2 different.*):

« Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur » (1).

---

1) = Collatio 10. 2. 5, dove non ci sono le parole « servo constituto ». L'interpolazione è dichiarata da Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 702 n. 3 e nuovamente dichiarata ed illustrata da Eisele nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 13 [a. 1892] pag. 138. Non è da credere, dice quest'ultimo, che il « constituto » stia per *restituto*, come d'ordinario si intende, bensì tien luogo del participio presente del verbo *esse*, come varie altre volte nella compilazione giustinianea (cfr. anche H. Appleton *Des interpolations* cit., pag. 102); onde la frase significa semplicemente *trattandosi di uno schiavo* e vuole così spiegare come possa aversi una pretesa per cagion di *cibaria* rispetto al giudizio in discorso. Analogamente in seguito C Appleton *Hist. de la compensat* cit. a pag. 241 n. 2, pag. 491 n. 2. — Vedi ancora per

Riguardo ai danni che per vizî della cosa sieno derivati al depositario si richiama l'attenzione sulle LL. 62 [61] § 5 D. *de furtis* 47. 2 e 31 D. *de pignerat. act.* 13. 7; le quali presentano delle difficoltà. In entrambe hanno operato i compilatori. Per la L. 31 in particolare, essendo chiaro che la prima parte del testo in origine si riferiva alla *fiducia cum creditore* (1), noi possiamo ritenere che nella seconda parte, in luogo di « depositus vel commodatus servus », fosse scritto dapprima *fiduciae cum amico causa mancipio datus* (2).

Circa la materia del n. *3*) vedi la L. 12 D. *de re iudicata* 42. 1 riprodotta a pag. 310 e confronta gli altri passi trascritti ivi accanto alla medesima.

206. — III. *Azioni*:

Il depositante ha l'*actio depositi directa*; azione infamante; di cui la formula, al tempo del relativo procedimento, poteva essere concepita *in ius* od *in factum* come abbiamo già visto (3). — Più addietro, per la legge

---

l'obbligo di rimborso delle spese la L. 12 pr. e § 1 D. h. t. trascritta a pagg. 331-332. — Per spese non necessarie arg. L. 25 D. *de pigner. act.* 13. 7.

1) Il giurista parla infatti di « relinquere pro noxae dedito »; espressione la quale non si attaglia che al caso in cui chi detiene lo schiavo ne sia già *dominus*.

2) Vedi anche: Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 30 n. 3-4; Ferrini *Op. cit.* a pagg. 225-226 n. *, pagg. 28-29 (vol. 52 pagg. 494-495; pagg. 260-261); Pernice cit. a pag. 272 n. 1, pag. 230 n. 3, che combatte Eisele in parte discordante; e cfr. poi qui pag. 236 n. 3.

Contro chi vorrebbe responsabile il depositante per causa di danni anche quando non sia in colpa, invocando l'altro testo, ossia la L. 62 [61] § 5 D. cit., vedi Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 61 n. 16 e Dernburg *Dir. delle obblig.* pagg. 375-376 n. 24.

3) Gai. 4. 47 trascritto a pag. 247.

delle XII Tavole, il depositante aveva un'*actio in duplum ex causa depositi* (1). Tale antica azione è molto disputata, in riguardo alla determinazione sua e all'apprezzamento che può farsene.

Il depositario ha eventualmente, per spese e danni, l'*actio depositi contraria.* — Nel diritto antegiustinianeo, come sappiamo (2), poteva far valere le sue ragioni contrarie anche di fronte alla ripetizione del depositante *iure compensationis* e *retentionis*; i quali diritti furono appunto da Giustiniano tolti al depositario, che ebbe perciò soltanto la sopradetta azione contraria.

207. — Non ci trattengono lungamente i testi, avuto riguardo alle citazioni già fatte.

Per l'*actio depositi directa* vedi il § 3 I. *quib. mod. re* 3. 14 [15] trascritto a pag. 314, la L. 1 pr. e § 1 D. h. t. parimenti ivi trascritta ed in genere i passi dei titoli del Digesto e del Codice *sedes materiae.* In particolare il carattere infamante della suddetta azione può trovarsi più volte dichiarato nelle fonti: Gai. 4. 60 e 182 = § 2 I. *de poena temere litig.* 4. 16, L. 1 e L. 6 § 6 D. *de his qui not.* 3. 2, L. 10 C. h. t. 4. 34 (Collatio 10. 6), Collatio 10. 2. 4.

Per l'*actio depositi contraria* rinviamo specialmente alla L. 5 pr. D. h. t., già riprodotta a pagina 339. — Per la compensazione e la ritenzione vedi i testi citati a pag. 325.

208. — Si aggiunga da ultimo che il depositante può far valere anche altre azioni all'infuori della specifica *actio depositi.* Tali l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindi-*

---

1) Paul. 2. 12. 11 = Collatio 10. 7. 11, trascritto a pag. 244 n. 1.
2) Pagg. 251-252 e 322-323, 325.

*catio*; le azioni derivanti dal furto quando il depositario usi arbitrariamente della cosa o la sottragga (*furtum usus* o *furtum rei*) [1]; l'*actio legis Aquiliae* [2]; ecc.

## Casi speciali

209. — DEPOSITO NECESSARIO O MISERABILE. Gli autori (e non le fonti, le quali non hanno un'espressione speciale) chiamano deposito *necessario* o *miserabile* quello fatto in occasione di tumulto, incendio, rovina, naufragio, e simili; circostanze ond'è tolto al depositante di poter scegliere con libertà e riflessione la persona del depositario.

Pel motivo dichiarato ora della menomata od esclusa elezione da parte del deponente, e per l'altro motivo, d'ordine pubblico questo, di voler evitare che individui male intenzionati abbiano da profittare dell'urgente bisogno e del disordine per avvantaggiarsi disonestamente a danno altrui — il diritto romano aumenta nei casi sopraindicati la responsabilità del depositario; e precisamente, l'Editto pretorio stabilisce che questi pel dolo proprio sia tenuto *in duplum*.

Qui avvertasi che a proposito di tale *actio in duplum* gli autori hanno errato spesso ed in vario modo: o limitandola all'ipotesi di falso diniego del deposito; o, molto sovente, confondendola coll'antica azione *in du-*

---

[1]) Specialmente: § 6 I. *de oblig. ex del.* 4. 1 (Gai. 3. 195-196); L. 16 D. *de condict. furt.* 13. 1; L. 29 pr. D. h. t. 16. 3 (= Paul. 2. 12. 5 e Collatio 10. 7. 5); L. 68 [67] pr. D. *de furtis* 47. 2; L. 3 C. h. t. 4. 34.

[2]) L. 18 § 1 D. *commodati* 13. 6.

*plum* ammessa dalle 12 Tavole pel deposito in generale, azione (si dice) che il Pretore avrebbe conservato soltanto per il caso di deposito necessario, riducendola invece al *simplum* per gli altri casi ([1]). Ora, quella limitazione è arbitraria ed ingiustificata. E quanto alla seconda dottrina, se il pensiero e ricordo dell'antica azione *in duplum* può forse spiegare la strana redazione dell'Editto come ci vien riferito da Ulpiano ([2]), si rifletta d'altra parte che nell'Editto stesso il magistrato si presenta come creatore di entrambe le azioni: quella *in simplum* pei casi ordinarî di deposito; quella *in duplum* pei casi di deposito necessario.

210. — L. 1 §§ 1-4 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Praetor ait: *Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo* ([3]). — Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate ([4]) descendentem, non ex voluntate proficiscentem. — Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel ceterarum causarum gratia intellegendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum. — Haec autem

---

[1]) Cfr. pagg. 340-341.

[2]) Vedi Lenel *L'Edit* vol. 2 pag. 5 n. 1 e Pernice ivi cit.

[3]) Cfr. Collatio 10. 2. 7.

[4]) Di qui può parer suggerita l'espressione *deposito necessario*; facile d'altronde a giustificarsi anche per sè stessa in base alle condizioni di fatto.

separatio causarum iustam rationem habet: quippe cum quis fidem elegit nec depositum redditur, contentus esse debet simplo, cum vero extante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda est vindicandae rei publicae causa: est enim inutile [1] in causis huiusmodi fidem frangere ».

L. 18 D. h. t. (Neratius *2 membran.*): « De eo, quod tumultus incendii ruinae naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum et intra annum quoque: in ipsum et in solidum et in duplum et in perpetuum datur ».

Aggiungansi i §§ 17, 23, 26 I. *de action.* 4. 6; avvertendo che il § 26 male concepito ha potuto dar luogo alla dottrina sopra combattuta, che la nostra *actio in duplum* colpisse il depositario solo quando questi *negasse* fraudolentemente il deposito [2]. — Un altro avvertimento dobbiamo fare in rapporto alla trascritta L. 18 D. È certamente errore dedurne, come fu fatto [3], che nei casi di deposito necessario l'azione contro gli eredi del depositario potesse essere intentata soltanto dentro un anno;

---

[1]) coercendae et vindicandae: rei publicae est enim inutile, *scr. M.*

[2]) Tale dottrina trovasi seguita ancora p. es. in Serafini *Istituz.* vol. 2 pag. 123 e Czyhlarz *Lehrbuch der Instit. des röm. Rechts* [Trattato di Istituz. di dir. rom.] 5-6ª ed. Wien 1902 pag. 188. Una mutazione storica in senso restrittivo afferma Cuq *Les Instit.* vol. 2 pag. 395 n. 7, preoccupato evidentemente della diversità dei due testi; ma non è cosa probabile, nè comunque giustificabile. Vuol conciliare invece van Wetter *Les obligat.* vol. 3 pag. 42 « le dépositaire encourt une condamnation au double, en cas de dol, surtout s'il nie faussement le dépôt »; ed anche qua non si rimane soddisfatti.

[3]) P. es. da Accarias *Précis de droit rom* cit., vol. 2 pag. 261.

il che, se fosse giusto, dovrebbe *a fortiori* valere nel deposito ordinario. Il vero senso del passo è questo: Contro gli eredi del depositario infedele l'azione è sempre data *in simplum*, anche se venga intentata dentro l'anno.

211. — DEPOSITO IRREGOLARE. * Gli autori chiamano *deposito irregolare* il deposito di denaro o di altre cose fungibili nel quale si sia pattuita la restituzione soltanto *in genere* e quindi si sia permesso di usare delle specie consegnate (1).

---

* I testi relativi a quest'argomento vengono successivamente esposti nella trattazione del medesimo.

Quanto alla speciale letteratura, essa è copiosa, fin troppo. Noi ci limitiamo ad indicare particolarmente la buona monografia del prof. Coppa-Zuccari *Il deposito irregolare* (*Biblioteca dell'Arch. Giurid.*, vol. VI) Modena 1901, dove scorrendo le note si hanno le maggiori notizie bibliografiche. Pel carattere poi ed il merito di quest'opera vedi la recensione fattane nello stesso *Arch. Giurid.* vol. 68 [a. 1902] pag. 375 e segg. dal prof. Barassi, il quale, pur elevando alcuni appunti, loda sinceramente l'A. L'opera stessa si divide in 3 parti, di cui a noi interessa la prima, che contiene lo svolgimento storico dell'istituto (Cap. I, Diritto romano; pagg. 2-32). — Il volume di Pellat *Textes choisis*, già ripetutamente citato, ha un numero (nr. 4) su questa materia, pag. 61 e segg. E lo scritto, parimenti più volte citato, di Mitteis *Trapezitika* ha occasione di parlarne, pag. 208 e segg. (nell'estratto pag. 13 e segg.). Aggiungi ancora: Costa *Papiniano* Bologna 1894..... vol. 4 [a. 1899] pag. 66 e segg. Sono tre contributi che non appaiono nelle citazioni di Coppa-Zuccari, e che pur meritano speciale menzione.

1) Nelle fonti non si trova un'espressione particolare, ma si hanno soltanto circonlocuzioni: « (contractus qui) egreditur depositi notissimos terminos » (L. 24 D. h. t.); « (contractus qui) depositae pecuniae modum excedit » (L. 26 § 1 D. h. t.). — Quanto all'espressione *depositum irregulare*, la si incontra per

La volontà di concludere un deposito irregolare può essere espressa o tacita; come per questo secondo punto avviene nel caso, che è il più frequente, in cui taluno depositando del denaro lo abbia solo numerato (*numerata pecunia*) senza consegnarlo chiuso e suggellato (*pecunia clausa, obsignata*). In tale ipotesi generalmente l'oggetto che si deposita è la somma e non le singole e specifiche monete date; ed il depositario, purchè provvegga a che quella possa esser ripresa quando che sia secondo le regole del deposito, può servirsi liberamente dei singoli pezzi; chè il tradente, coll'averli soltanto numerati senza chiuderli e suggellarli, ha mostrato che non gli importa di riavere quei medesimi pezzi, ma bensì unicamente la somma.

Siffatto deposito soleva farsi specialmente presso i banchieri, i quali si obbligavano a restituire a richiesta tutta o parte della somma allo stesso depositante oppure ad altra persona dal medesimo indicata; ed esso adempiva in parte alla funzione che hanno oggi i nostri *chèques*.

212. — Ora, esternamente il negozio in parola è simile ad un mutuo; giacchè chi riceve denaro od anche altre cose fungibili nel modo che si disse ne diventa proprietario e ne assume il pericolo, rimanendo obbligato alla restituzione del *tantundem*. Ma lo scopo, e di

---

la prima volta nelle opere di Giason del Maino, giureconsulto del secolo XV; presto si fece strada in Italia; in Francia, in Germania ed altrove stentò ad acquistare l'importanza e la precisione di un termine tecnico designante l'istituto in discorso. Cfr. e vedi Coppa-Zuccari cit., pagg. 2-3.

conseguenza il carattere giuridico, è diverso; giacchè qui prevale od anche è addirittura esclusiva la funzione della custodia, propria del deposito ed estranea invece al mutuo, come si sa. Onde come deposito e non come mutuo fu qualificato il negozio stesso, in conformità all'intenzione delle parti, dalla giurisprudenza romana. Il che riconoscono i più tra i moderni romanisti, combattendo gli altri autori, in numero notevolmente minore, i quali sostengono opposta sentenza.

213. — Il deposito irregolare, considerato adunque pur sempre come un deposito, presenta naturalmente le particolari differenze che intercedono fra deposito e mutuo:

1) È un contratto di buona fede, sinallagmatico ineguale.

2) Ammette interessi moratorî; e con semplice *pactum* può fondarsi un'obbligazione civile di interessi convenzionali [1].

3) Non si applica il Senatoconsulto Macedoniano; nè ha luogo la *querella non numeratae pecuniae.*

4) L'azione per la restituzione non può venir respinta con eccezione di compensazione o ritenzione, conforme al divieto giustinianeo circa l'*actio depositi.*

5) L'azione stessa è infamante.

6) In caso di fallimento il deponente avrà, quando il deposito sia senza interessi, un privilegio *inter personales actiones* per passare avanti agli altri creditori.

---

[1]) Quest'agevolezza è indicata da varî autori come la causa od una delle cause dell'ammissione e determinazione del negozio quale caso di deposito.

214. — Occupiamoci ora dell'esegesi.

I testi dimostrano che nel caso in questione si ha pur sempre un deposito e non un mutuo:

*a)* L. 31 D. *locati cond.* 19. 2 (Alfen. *5 digest. a Paul. epitom.*): « ... respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem, deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret [1] ».

Chi si accinge senza pregiudizio all'interpretazione di questo passo, trova detto in esso sicuramente, che quando vien depositato del denaro soltanto numerandolo, e non chiudendolo e suggellandolo, certo la proprietà passa al depositario e questi è solo tenuto alla restituzione di un'egual somma, ma tuttavia il contratto rimane quello di deposito. L'equiparazione fatta colla *locatio*, la quale, pur distinguendosi le ipotesi, resta sempre tale [2], illumina pienamente nel senso anzidetto.

*b)* L. 25 § 1 D. h. t. (Papin. *3 respons.*): « Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet,

---

[1]) solvere, *scr.*

[2]) Qui ricordiamo lo studio interessante, non compiuto, del prof. Rossi *Locatio-conductio operis « irregularis »* negli *Studî Senesi* vol 7 [a. 1890] pag. 181 e segg. E su quest'argomento pure scrisse Pellat *Textes choisis* cit., nr. 3 pag. 41 e segg.

depositam ad usos proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est ».

Non potrebbe esser detto in modo più chiaro che quantunque sia da restituirsi solo il *tantundem* e non l'*idem* il negozio tuttavia rimane un deposito e secondo i principî di questo contratto va regolato e difeso. — Le interpretazioni degli avversarî non meritano considerazione; sono arbitrarie od altrimenti errate.

*c)* L. 26 § 1 D. h. t. (Paul. *4 respons.*): « Lucius Titius ita cavit: *accepi et habeo ex causa depositi supra scripta tua decem milia denarium et faciam omnia et consentio et promisi ita ut supra scriptum est, et conveni praestare tibi usuras in singulas minas per singulos menses assium quaternorum, donec universa summa reddatur* [1]. quaero, an usurae peti possunt. Paulus respondit eum contractum de quo quaeritur depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione depositi peti possunt ».

Qui non è detto esplicitamente che fu convenuto di restituire il *tantundem* e non l'*idem*; ma ciò risulta implicitamente dalla convenzione di pagare gli interessi. E Paolo decide che si potrà coll'*actio depositi* domandare non solo il capitale, ma anche gli interessi appunto.

Ora, la decisione di Paolo è chiara; ma altrettanto chiaro non è parso come la si possa dedurre nel testo stesso dall'asserzione che precede, cioè che il contratto in questione oltrepassa i limiti del deposito. È sorto pertanto il sospetto di una corruzione; sospetto di cui trag-

[1]) Nel testo questa *cautio* è concepita in greco; cfr. anche qui l'edizione di Mommsen.

gono profitto coloro i quali non ammettono la figura giuridica del *deposito irregolare*, per far convergere il testo alla propria opinione [1]. Senonchè — pur non facendo violenza al testo, per l'esattezza del quale milita il raffronto coi Basilici e relativi scolî [2] — il pensiero del giureconsulto può determinarsi e spiegarsi in modo soddisfacente così come segue: Se qui, ossia nel caso in questione, vi fosse un puro e semplice deposito, non potrebbe parlarsi di obbligo di interessi, poichè il depositario non avrebbe facoltà di servirsi del denaro. Ma essendovi qui dei patti che esorbitano dai confini ordinarî del contratto di deposito e danno a tale contratto una nuova portata, la decisione della questione non può trarsi dalle regole normali del deposito, bensì va ricavata dalla convenzione aggiunta; onde si ha che gli interessi stabiliti mediante il *pactum adiectum* possono venir richiesti coll'*actio depositi*.

Così anche tale passo mostra decisamente che quantunque il depositario sia obbligato soltanto alla restituzione del *tantundem* e quindi abbia facoltà di usare del denaro, tuttavia il negozio rimane un deposito; perciò ha luogo l'*actio depositi* e può essere fondato mediante semplice *pactum adiectum* l'obbligo di pagamento degli interessi.

---

[1]) Così uno di essi vuol leggere « usurae quoque actione depositi peti *non* possunt »; un altro, « usurae *neque* actione depositi peti possunt ». Ma anche altri autori, all'infuori degli avversarî, credono necessaria un'emendazione; e propongono di leggere *at vero* in luogo di « et ideo », oppure, più su, « depositae pecuniae modum *non* excedere » o « depositae pecuniae modum excedere, *est tamen depositum* ».

[2]) 13. 2 c. 26 ed. di Heimbach vol. 2 pag. 54.

*d)* L. 28 D. h. t. (Scaevola *1 responsor.*): « Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: *Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum quos* (1) *apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus* (2) *ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebo.* quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est ».

Anche qui evidentemente si tratta di deposito (« ex bonae fidei iudicio ») e non di mutuo. Eppure Scevola riconosce che possono pretendersi gli interessi quando il depositario li abbia percepiti od abbia impiegato a suo vantaggio il denaro depositato.

*e)* L. 29 § 1 D. h. t. (Paul. 2 *sentent.*) (3): « Si ex permissu meo deposita pecunia is penes quem deposita est utatur, ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius nomine praestare mihi cogitur ».

Per rimuovere tale chiarissima testimonianza a favore della dottrina dichiarante che il deposito irregolare è pur sempre un deposito, gli avversarî sono costretti a sforzi penosi. — Che diremo di chi afferma trattarsi di un permesso di usare concesso posteriormente (onde il deposito si trasformerebbe in mutuo) di fronte alle parole

---

1) quod, *M.* I compilatori fecero anche qui la solita sostituzione monetaria; cfr. Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 291 n. 4 « sestertiorum XXV m. nummum quae », *Scaev.*

2) de quibus, *scr.*

3) Paul. 2. 12. 5.

« ut in ceteris bonae fidei iudiciis »? — Huschke [1], osservando come non tutti i manoscritti contengono l'*ex* davanti a *permissu*, propone di leggere *sine permissu* o *impermissu*, parola, quest'ultima, che non si trova, ma che Huschke crede di poter dedurre da *permissu*, come si è derivato *iniussu* da *iussu*. Pertanto proemio e § 1 della detta L. 29 tratterebbero del medesimo caso: deposito regolare o normale nel quale l'accipiente usa arbitrariamente del denaro ricevuto [2]. Ma, a prescindere da altre considerazioni, se proemio e § 1 contemplassero effettivamente il medesimo caso, perchè il giureconsulto, dopo aver detto già nel proemio « me invito », ripeterebbe la stessa cosa nel § 1 colla frase *sine permissu meo* o *impermissu meo* secondo la proposta di Huschke?

*f)* L. 24 D. h. t. (Papin. *9 quaest.*): « *Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo.* quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem red-

---

[1]) Nella *Ztschr. für Civilrecht u. Prozess* [Rivista del diritto e processo civile] N. S. vol. 2 [a. 1846] pag. 150 e segg. e nuovamente, parecchi anni dopo, nell'opera cit. a pag. 148 n. 4, pag. 58 n. 3 e nella *Iurisprud. anteiustin.* cit. a pagg. 62-63 n. 3, ad Paul. 2. 12. 5 pag. 476 n. 3.

[2]) Il proemio è trascritto a pag. 336.

derentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eò desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur ».

Nella scrittura ond'è consultato Papiniano, Lucio Tizio riconosce avergli Sempronio affidato 100, che gli furono contati da uno schiavo del medesimo e che egli si impegna di restituirgli alla prima richiesta e dove quegli vorrà. Ne risulta la questione, se Sempronio abbia diritto di esigere da Lucio Tizio degli interessi. Per risolvere tale questione, Papiniano comincia col determinare l'azione che potrà essere intentata e per questo coll'accertare il contratto che le parti hanno voluto fare. È un deposito, egli dice, giacchè la parola *commendare* adoperata nella scrittura equivale a *deponere* [1]; per conseguenza vi sarà luogo all'*actio depositi*. Ciò è incontestabile, continua Papiniano approfondendo l'esame e distinguendo, se fu convenuto che si dovessero restituire le stesse monete date (« ut corpora nummorum eadem redderentur »). Ma invece può nascer dubbio

[1]) Cfr. pag. 315 n. 4. Adde L. 26 pr. D. h. t., LL. 6 e 9 C. h. t., L. 14 § 4 D. *de religiosis* 11. 7, Paul. 2. 12. 4, Collatio 10. 2. 1 e 3. 1; ancora Cicer. *de legibus* 2. 9. 22 e 16. 40.

quando siasi convenuto che non fossero da restituirsi le stesse monete date bensì la somma, giacchè con ciò si esce dai noti termini del contratto di deposito. Or bene, qualora per questo secondo caso si decida che non può valere l'*actio depositi* od in altre parole che il contratto non è più un deposito, si viene in tal modo ad escludere che interessi possano pretendersi; infatti il negozio, non più deposito, non potrebbe essere che un mutuo nummario ed in quest'ultimo, si sa, occorre una speciale stipulazione perchè vi sia azione per interessi. Qualora si decida invece che anche in questo secondo caso havvi pur sempre un contratto di deposito, essendo l'*actio depositi* un'azione di buona fede, gli interessi saranno dovuti ogni qual volta la buona fede lo esiga; e perciò saranno dovuti senz'altro in seguito alla mora (non prima, chè si andrebbe « contra bonam fidem et depositi naturam », poichè il depositario col ricevere la cosa arreca un « beneficium » al depositante) ed altrimenti fin da principio quando se ne sia fatta la pattuizione. Papiniano non dichiara esplicitamente che egli è di questa seconda opinione, vale a dire che anche nel caso di fissata restituzione del *tantundem* ravvisa pur sempre un deposito, non rimanendo scosso dal dubbio cui accenna; ma ciò è implicito in quanto egli dice. Si rifletta poi alla dichiarazione generale ed assoluta che egli nel testo ha fatto sin da principio (prima di cominciare a distinguere: « respondi depositi actionem locum habere »), la quale poteva render superflua un'ulteriore espressa dichiarazione conforme. Ricordiamo infine, per togliere ogni incertezza, come sia dello stesso Papiniano la L. 25 § 1 D. più addietro esaminata; nella quale è chiarissimo

che per l'obbligo di restituzione del *tantundem*, anzichè dell'*idem*, la natura del contratto non cambia [1].

*g)* L. 9 § 9 e L. 10 D. *de R. C.* 12. 1; a quest'ultima si aggiunge la L. 1 § 34 D. h. t. 16. 3.

Sono testi addotti dai nostri contradditori a suffragio della loro tesi.

Ma avendo già riprodotto e considerato tali passi più addietro [2], noi avvertiamo facilmente che essi non somministrano affatto un argomento agli avversarî; i quali hanno il torto di confondere a tal punto cose diverse, cioè il caso di deposito irregolare coi casi di deposito ordinario che si converte o può convertirsi in mutuo [3].

*h)* L. 7 § 2 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « dummodo eorum — deposito »; brano trascritto a pàg. 334.

L. 24 § 2 D. *de reb. auct. iud.* 42. 5 (Ulp. *63 ad ed.*): « sed enim — deponere »; trascritto a pag. 335.

Questi brani sono il fondamento esegetico della dichiarazione fatta a pag. 347 nr. 6. — Invano si è accentuata qualche espressione (« quasi renunciaverint deposito »; « aliud est enim credere, aliud deponere ») staccata dal contesto suo per trarne argomento contrario all'esistenza del deposito irregolare [4] [5].

---

[1]) Cfr. pagg. 348-349.

[2]) Pagg. 336-337.

[3]) Confronta fra gli altri: Arndts-Serafini *Trattato delle Pand.* vol. 2 ed. 3ª, Bologna 1880, pag. 257 e segg.; e da ultimo Cuq *Les instit.* vol. 2 pag. 396.

[4]) Più d'uno degli autori favorevoli al deposito irregolare (come Girard *Manuel* pag. 527 n. 1, Dernburg *Dir. delle obblig.*

215. — SEQUESTRO. * Una specie particolare di deposito è anche il *sequestro*; che mira a salvaguardare l'interesse contrario di più persone rispetto ad una data

---

pagg. 376-377 n. 2) ricava da questi passi, che Ulpiano, discordando dagli altri giureconsulti, non ammettesse tal specie di deposito, ma nel relativo negozio scorgesse un mutuo; e Dernburg particolarmente cita nello stesso senso anche il brano « quod ita verum est » sino a « et est quidem constitutum » della L. 24 D. h. t. 16. 3 (trascritto a pagg. 352-353) che può essere una nota critica di Ulpiano rimasta per svista nel testo di Papiniano. (Per analogo apprezzamento di tale ultimo brano cfr. anche Costa cit. a pag. 345 n. *, pag. 73 n. 6 e gli autori ivi citati).

[5]) Non sarà inutile aggiungere qui, finita la trattazione, un breve cenno comparativo sul diritto greco rispetto al negozio esposto. — E anzitutto come i giureconsulti romani, s'è visto, ammettevano che il nostro contratto ad onta delle anomalie fosse pur sempre un deposito, ugualmente leggiamo pel diritto greco che trattasi di deposito (παρακαταθήκη) e l'azione per la restituzione è la δίκη παρακαταθήκης (Demost. *pro Phorm.* 5-6; Isocr. *Trapezit.* 13, 45 e passim). Anche in Grecia il deposito irregolare si faceva specialmente presso i banchieri; però non di rado pure presso i templi, per maggior sicurezza, chè talvolta le banche fallivano ed i banchieri sparivano (Demost. *c. Apatur.* 9 e *c. Timoth.* 68). Cfr. e vedi più ampiamente Beauchet *Hist. du droit privé* cit. a pag. 196 n. 1, vol. 4 pag. 333 e segg. e Costa cit., pag. 70 e segg.; aggiungi da ultimo lo studio di Breccia cit. a pagg. 128-129 n. 3, pag. 294 e segg. (nell'estratto pag. 38 e segg.).

* Quanto alle fonti, trattasi sopratutto di passi del nostro titolo del Digesto, i quali vengono trascritti alla fine dell'esposizione.

Quanto alla speciale bibliografia, veggansi i seguenti due scritti: Jul. Voigt *Vom Besitz des Sequester nach dem röm. Recht zur Zeit der klass. Jurisprudenz* [Del possesso del sequestratario secondo il dir. rom. al tempo della giurisprud. classica] Freiburg i. Br. 1885, che tratta pure in genere del sequestro, oltrechè in particolare della questione dichiarata nel titolo (recens. di Hölder nella *Kr. VJS.* cit. a pag. 148 n. *, vol. 29 [a. 1887]

cosa. Ha luogo precisamente quando una cosa — o perchè intorno ad essa havvi controversia, ed è il caso più frequente, o perchè altrimenti è incerto a chi dovrà appartenere, come in caso di scommessa — viene depositata, per sicurezza contro sottrazioni o perdite e guasti, da più individui presso una terza persona, colla condizione che questa abbia da restituirla a colui il quale risulterà avervi diritto in seguito alla risoluzione della controversia od alla rimozione di altra causa d'incertezza, e risponderne al medesimo come depositario.

Il depositario in tal caso dicesi *sequester* (1); l'operazione, il negozio, *sequestrare*, *sequestratio* (*sequestre*, *sequestrum*) (2).

Il sequestro rientra nel deposito, secondo che abbiamo detto; e così l'azione per ottenere la restituzione si chiama *actio depositi sequestraria* (3). Vi sono però delle diversità in confronto del deposito ordinario; ond'è giusto qualificare il sequestro come una specie particolare di deposito.

216. — Tali differenze sono le seguenti:

1) Il deposito ordinario vien fatto tanto da una persona sola quanto da più persone; il sequestro esclusivamente da più.

2) Mentre nel deposito ordinario fatto da più per-

---

pag. 430 e segg.; v. Nikonoff *Die Lehre von der Sequestration nach röm. Recht* [La dottrina del sequestro secondo il dir. rom.] Berlin 1894, un buon lavoro del Seminario Giuridico di Berlino.

1) Da *secus*; persona che sta in disparte, *medius inter duos*, e quindi, moralmente, persona imparziale.

2) *In sequestro* o *in sequestre deponere*.

3) Anche, abbreviando, solo *actio depositi* o *actio sequestraria*.

sone ciascuna di queste si intende e si considera depositante *pro rata*, nel sequestro ognuno dei più depositanti è risguardato come depositante dell'intiero, *in solidum*. Ed infatti là i più soggetti hanno un interesse comune alla custodia della cosa; qui invece ogni deponente vuole, mercè la custodia del *sequester*, essere tutelato relativamente al suo particolare pieno interesse alla cosa in confronto degli altri deponenti, ossia ognuno deposita appunto *in solidum*.

3) Il deposito ordinario si limita alle cose mobili, come sappiamo; il sequestro si applica anche agli immobili (1).

4) Mentre nel deposito ordinario l'accipiente è semplice detentore, il sequestratario può essere giuridico possessore. È questo uno dei casi in cui si può acquistare il possesso sebbene manchi l'*animus rem sibi habendi* (2).

5) Da ultimo, mentre nel deposito ordinario il depositario è tenuto a restituire la cosa a richiesta del depositante, nel sequestro invece la restituzione non può avvenire che cessata la causa per cui fu fatto; onde sia apparso quale dei deponenti abbia diritto alla cosa e perciò possa pretenderne la restituzione. Fino a questo momento il sequestratario ha l'obbligo di custodire la cosa, conformemente alla natura ed allo scopo del negozio.

217. — Ora soggiungiamo che se al sequestratario,

---

1) Volle dimostrare il contrario v. Nikonoff cit. a pagg. 356-357 n. *; pag. 13 e segg.; ma senza validi argomenti.

2) Per questo vedi la nota in fondo al paragrafo (pag. 360).

come non di rado avviene, vien data facoltà di amministrare ed anche di vendere oppure vien data a lui facoltà di decidere quale arbitro la controversia, si esce dai limiti del deposito; come pur si esce dal campo di questo contratto quando il sequestratario riceve una mercede pel servizio che presta.

Tanto più poi ci si allontana dalla materia che stiamo esponendo quando l'operazione del sequestro avvenga, com'è possibile e frequente anzi, per ordine del giudice; nel qual caso si discorre di *sequestro necessario*, in confronto di quello sin qui descritto, che ha luogo per accordo delle parti interessate e dicesi più particolarmente *sequestro volontario* o *convenzionale*.

218. — L. 5 § 1 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « In sequestrem depositi actio competit [1]... ».

L. 6 D. h. t. (Paul. *2 ad ed.*): « Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur ».

L. 12 § 2 D. h. t. (Pompon. *22 ad Sab.*): « Cum sequestre recte agetur depositi sequestraria actione, quam et in heredem eius reddi oportet ».

L. 17 pr. D. h. t. (Florentin. *7 instit.*): « Licet deponere tam plures quam unus possunt, attamen apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. itaque hoc casu in solidum unusquisque videtur deposuisse: quod aliter est, cum rem communem plures deponunt ».

L. 110 D. *de verb. signif.* 50. 16 (Modestin. *6 pandect.*):

---

[1]) Per la formula speciale di quest'*actio depositi sequestraria* vedi Lenel *L'Edit* vol. 2 pagg. 3-4.

« *Sequester* dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt (1): dictus ab eo, quod occurrenti aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur » (2) (3).

---

1) Qui si ricorda che una definizione di *sequester* abbiamo anche in Festo, ma il luogo è lacunoso: « *Sequester* is dicitur, qui inter aliquos, *qui certant, cum ita* inter eos convenerit, *teneat depositum aliquid*, ut ei reddat, cui id *deberi iure constiterit* » (in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 39). In Isidoro poi 10. 260 (Bruns cit. p. 2 pag. 87): « Sequester dicitur, qui certantibus medius intervenit, qui apud Graecos ὁ μέσος dicitur apud quem pignora deponi solent ... ».

2) Fanno derivare *sequester* da *sequi* anche: Aul. Gell. 20.11.23; Servius *in Aen.* 11. 133 (in Bruns *Fontes* p. 2 pagg. 80-81); Isidor. loc. cit. seguitando (ivi pag. 87), però con diversa spiegazione (« a sequendo, quod eius qui electus sit utraque pars fidem sequatur »); e la parola vien ricollegata a *sequi* anche da alcuni autori moderni. D'altronde pensano a *secus* (cfr. qui pag. 357 n. 1) già i vecchi eruditi. Vedi Ceci *Le etimol.* cit. a pag. 48 n. 1, pag. 177 n. 1.

3) Un caso di sequestro senza che siavi controversia noi vediamo p. es. nella L. 39 D. *de solution.* 46. 3. Ha quindi la giusta generalità la definizione contenuta nella L. 6 D. trascritta; mentre nelle LL. 17 pr. e 110 D. ultime trascritte appare esclusivo il caso di controversia (il che fu pur sostenuto, e più recentemente nella monografia di J. Voigt citata a pag. 356 n. *). — Il sequestratario non può desistere anzi tempo dall'obbligo assunto se non per grave giustificato motivo e *auctoritate praetoris*: L. 5 § 2 D. h. t. — Riguardo al possesso del sequestratario interessano L. 17 § 1 D. h. t. e L. 39 D. *de usurpat.* 41. 2. Havvi discussione, com'è noto. Gli autori in genere rinviano alla materia del *Possesso*; e l'esempio loro ci sembra da seguirsi. *a)* Il trattato più recente in materia è quello serio e diligente per più riguardi commendevole, di Cornil *Traité de la possession dans le droit romain* Paris 1905, che di questo punto parla a pag. 66 e segg. Diversamente dall'opinione qui accolta, l'esimio professore belga reputa, come altri fra i quali Jhering (*Du*

## § 13.

## Il pegno *

Definizione e terminologia — Contratto di pegno e diritto di pegno (pag. 364) — Requisiti (pag. 365) — Effetti: I Obbligazioni del pignoratario (pag. 371); II Obbligazioni del pignorante (pag. 377); III Azioni (pag. 383)

219. — DEFINIZIONE E TERMINOLOGIA. Il contratto di pegno è quel contratto reale per cui si consegna una cosa ad una persona allo scopo di garantirne un credito,

---

*rôle de la volonté dans la possession* trad. dal ted., di Meulenaere, Paris 1891, in *Etudes complém.* III, pag. 324 e segg.) specialmente citato, che *sempre* il sequestratario possegga. Infatti, si dice, che egli abbia tal posizione occorre per lo scopo stesso del contratto; e quanto ai due passi, la L. 17 § 1 cit., dichiara categoricamente avere il sequestratario, a differenza del depositario, il possesso, e nella L. 39 cit. la questione del possesso è considerata esclusivamente in riguardo all'usucapione, sicchè non può trovarsi in essa argomento per limitare il principio generale che il sequestratario è in ogni caso possessore. *b)* Pei particolari della discussione e contro quest'ultima dottrina veggasi specialmente Ubbelohde *Die Besitzinterdikte* (in continuazione al *Comm.* di Glück Serie dei libri 43-44 p. 5) p. 1 Erlangen 1896 pag. 496 e segg. (È in corso di stampa la traduz. italiana, del prof. Pouchain). — Parimenti non è qui il luogo, si capisce e fu detto, dove trattare del sequestro necessario. — Per altre citazioni di testi ed altre notizie in aggiunta all'esposizione qui fatta può vedersi Cuq *Les instit. jurid.* vol. 2 pagg. 396-397, il più diffuso in materia fra gli autori generali.

* Paul. 2. 5 e 13; § 4 I. *quib. modis re* 3. 14 [15]; Dig., tit. *de pigneraticia actione vel contra* 13. 7; Cod., tit. *de actione pigneraticia* 4. 24.

Anche per questo contratto, come per quello di deposito, non esiste una monografia moderna rimarchevole. Si segnala pur qui

coll'obbligo per l'accipiente di restituire, quando il credito suo sia estinto od altrimenti possa dirsi soddisfatto, la cosa stessa, ed in caso di vendita legittima del pegno l'eventuale sopravanzo.

§ 4 I. *quib. modis re* 3. 14 [15]: « Creditor quoque (1) qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia . . . » (2).

220. — *Pignus* (*contractus pignoris*, *pignoris conventio*, *pignoris obligatio*) è l'espressione adoperata dalle fonti ad indicare il presente contratto. — *Pignus* significa pure il diritto reale di pegno o ipoteca; come ancora l'oggetto del contratto e del diritto reale (3).

---

la traduzione annotata al *Comm.* di Glück, per cura dell'avv. Cugusi, in corso di stampa. Abbastanza interessante è Geib *Die Person des pigneraticisch Berechtigten und pigneraticisch Verpflichteten* [La persona del creditore pigneratizio e quella del debitore pigneratizio] 1884. Interessano qui naturalmente i trattati sul diritto di pegno o ipoteca nel giure romano, fra i quali anche oggi primeggia quello di Dernburg che già abbiamo avuto occasione di citare a pag. 285 n. 2 (vedi specialmente vol. 1 pag. 138 e segg.). Giova pur indicare, segnatamente per gli scopi della scuola, Pellat *Traduction du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes avec le texte en regard* Paris 1840 (A quest'opera fa seguito la traduzione della materia del diritto di pegno nell'opera, ancora buona ed utile, di Schilling *Lehrbuch für Instit. u. Gesch. des roem. Privatrechts* [Corso di istituz. e storia del dir. priv. rom.] Leipzig 1834-46. L'A. dichiara che suo primo proposito, impedito dalle circostanze, era di dare, anzichè tal traduzione, un commentario originale dei titoli tradotti).

1) Cfr. i paragrafi precedenti.

2) Cfr. L. 1 § 6 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*).

3) Cfr. e vedi i lessici delle fonti.

E qui si osserva che la parola *pignus* rettamente deriva da *pago* (*pango*), *pepigi*, grec. πήγνυμι = figgere, fermare, assicurare, e quindi anche, nel perfetto e relative forme, pattuire, convenire (*paciscor*); mentre è errata la nota derivazione da *pugnus* che ci dà Gaio:

L. 238 § 2 D. *de V. S.* 50. 16 (Gai. *6 ad leg. duodec. tabul.*): « *Pignus* appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui » (1).

Quanto ai contraenti, non si trovano nelle nostre fonti espressioni singole speciali; ma o vengono adoperate circonlocuzioni, quali « is qui pignus (*pignori*) dedit » e « is qui pignus (*pignori*) accepit » o più di frequente chi dà la cosa è chiamato *debitor* e chi la riceve *creditor*. — Per quest'ultimo punto, di fronte alla tendenza naturale a seguire tale terminologia, furono fatte delle osservazioni critiche (2). Precisamente fu osservato che può essere un terzo e non il debitore quegli che dà il pegno, ed in questo caso evidentemente dirlo *debitor* non si può; di più, il contratto di pegno ha valore anche quando il rapporto obbligatorio principale che si ebbe in mira, nel dar la cosa in garanzia, realmente non esista o non

---

1) La giusta etimologia può apparire tuttavia nello stesso Gaio, altrove, 4. 147: « ... de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset ».

Cfr. e vedi più ampiamente per questo cenno terminologico: Herzen *Op. cit.* a pagg. 225-226 n. *, pag. 15 e segg.; Manigk *Op. cit.* a pagg. 240-241 n. 7, pag. 5 e segg.

2) Cfr. fra gli altri specialmente Maynz *Cours de dr. rom.* cit., vol. 2 pag. 326 n. 9.

si formi [1], nella quale ipotesi non havvi nè *debitor* nè *creditor*; a prescindere da ciò, bisognerebbe poi invertire tali espressioni, giacchè nel contratto pigneratizio è debitore chi riceve la cosa in pegno e conseguentemente si obbliga a restituirla o a dare il di più del credito ritratto dalla vendita, creditore invece l'oppignorante che ha il correlativo diritto [2]. Queste osservazioni sono giuste a rigore. D'altra parte convien ricordare che il caso ordinario nel nostro contratto è quello in cui havvi un rapporto obbligatorio principale, e più specialmente fra chi riceve e chi dà il pegno; nel qual caso poi non par grave fissarsi sul rapporto principale, anzichè sull'accessorio, e dire *debitore* chi dà il pegno e *creditore* chi lo riceve. — In italiano si parla anche di *pignorante* (*pignerante*) od *oppignorante* per l'una delle parti, e *pignoratario* per l'altra; o si adoperano, pur questa volta, le espressioni generali *tradente* e *accipiente*.

221. — CONTRATTO DI PEGNO E DIRITTO DI PEGNO. Il contratto di pegno si forma indipendentemente dal fatto che sorga un diritto reale di pegno o ipoteca fra dante e accipiente, ancorchè con esso a ciò si miri; contratto obbligatorio di pegno e costituzione convenzionale del diritto reale di pegno non vanno confusi. E così, perchè si abbia il contratto in discorso non è necessario che la cosa appartenga a chi la dà in pegno; mentre il diritto reale di pegno presuppone invece, come

---

[1]) È pur sempre coll'*actio pigneraticia* che anche in questo caso sarà chiesta la restituzione, come vedremo fra breve.

[2]) Cfr. da ultimo le definizioni di Salkovski *Lehrbuch der Instit.* cit. a pag. 173 n. 3, pag. 377, e Bonfante *Istituz.* pagg. 411-412.

è noto, un concedente proprietario. Così ancora, il nostro contratto può formarsi anche quando non esista o non pervenga ad esistere il rapporto obbligatorio in considerazione del quale lo si è concluso, secondo che poco prima abbiamo detto; mentre il diritto reale di pegno presuppone assolutamente, come si sa, l'esistenza di un'obbligazione. Solo quando il diritto di pegno non sorge perchè il creditore è proprietario della cosa pignorata non ha vita nemmanco il contratto di pegno; il che è facile da comprendersi.

L. 9 § 4 D. *de pigneraticia actione vel contra* 13. 7 (Ulp. *28 ad ed.*): « Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pigneraticia experiri ».

L. 11 § 2 D. h. t. (Ulp. *eod.*): « Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero, pigneraticia actione tenebor et nulla solutione facta [1] ... ».

L. 22 § 2 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Si praedo rem pignori [2] dederit, competit ei et de fructibus pigneraticia [3] actio ... ».

L. 45 pr. D. *de R. I.* 50. 17 (Ulp. *eod.*). — È trascritta a pag. 260 n. 2 [4].

222. — REQUISITI. Sono i seguenti:

*1*) La tradizione della cosa. — La sola convenzione

---

[1]) Cfr. pag. 364 n. 1.

[2-3]) *fiduciae* Ulp.; cfr. Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 618 n. 7 e H. Appleton *Des interpolat.* pag. 151 e segg.

[4]) Per quest'ultimo passo si ricordi la *fiducia*, secondo che avvertirono qui già vecchi autori; cfr. Lenel nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 3 [a. 1882] pag. 113 e *Palingen.* vol. 2 col. 618 n. 2. — Aggiungi poi ai passi trascritti: LL. 9 pr., 16 § 1, 20 § 3, 29, 32 D. h. t. 13. 7; L. 33 § 5 D. *de usurpat.* 41. 3; L. 3 § 4 C. *communia de legatis* 6. 43; L. 6 C. *si aliena res* 8. 15 [16].

non susseguita dalla tradizione può creare il diritto reale di pegno o ipoteca *(pactum hypothecae)*, ma non produce per sè stessa gli effetti proprî del contratto pignoratizio.

Non si tratta di acquisto di proprietà, com'è invece nel mutuo e nella fiducia; d'altra parte l'*accipiens*, a differenza di ciò che avviene nel commodato e nel deposito, consegue non semplicemente la detenzione, bensì il possesso giuridico *ad interdicta*; su di che dovremo tornare poco più avanti.

223. — § 4 I. trascritto a pag. 362.

L. 16 D. *de usurpat.* 41. 3 (Iavolen. *4 ex Plaut.*): « Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et possessio eius qui pignori dedit » (1).

224. — 2) La cosa oggetto del contratto può essere tanto mobile quanto immobile nel diritto progredito. In origine il *pignus* non si applicava che a cose mobili, e Gaio ci mostra che ancora al suo tempo certi giureconsulti eran d'avviso che la parola *pignus* non potesse propriamente applicarsi ad immobili; in seguito tale limitazione scomparve. — Anche cose consumabili sono oggetto idoneo del nostro contratto; perchè non havvi il diritto di usare del pegno, analogamente a quel che

---

1) Vedi anche: L. 33 §§ 4-5 D. h. t. 41. 3; LL. 1 § 15, 36, 37, 40 pr. D. *de adquir. possess.* 41. 2; L. 14 § 3 D. *de divers. temp. praescr.* 44. 3; LL. 29, 35 § 1 (trascritta a pag. 261), 37 D. *de pignerat. act.* 13. 7.

abbiamo visto circa il deposito differenziandolo dal commodato [1].

Come abbiamo detto [2], non occorre per la formazione del contratto di pegno che si dia cosa di proprietà del tradente; può darsi anche cosa altrui; benchè in questo secondo caso naturalmente il diritto reale di pegno non nasca, ossia la garantia fallisca al creditore; che se poi la cosa altrui rispetto al tradente fosse addirittura del pignoratario, anche lo stesso contratto di pegno non perverrebbe ad esistere, come pure si è visto [3].

225. — § 7 I. *de action.* 4. 6: « ..... pignoris appellatione eam (rem) proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit ... »; con cui confronta la L. 238 § 2 D. *de V. S.* 50. 16 (Gai. 6 *ad leg. duodec. tabul.*), trascritta a pag. 363.

L. 9 § 4 D. *de pignerat. act.* 13. 7 (Ulp. *28 ad ed.*) e L. 22 § 2 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*), trascritte a pag. 365; L. 45 pr. D. *de regulis iuris* 50. 17 (Ulp. *eod.*) ivi richiamata [4].

226. — *3*) La cosa vien data affinchè abbia da essere garanzia del soddisfacimento di un credito.

Ora, tale garanzia sarebbe illusoria ed il contratto di pegno non raggiungerebbe lo scopo se il creditore pigneratizio fosse, come il commodatario e il depositario, un semplice detentore, un semplice agente del possesso del *tradens*. Facendosi costituire la garanzia, egli ha

---

[1]) Pag. 317.
[2-3]) Pagg. 364-365.
[4]) Cfr. ed aggiungi pagg. 250-251, 259-260 e 316-317.

voluto una protezione indipendente dalla volontà del *tradens*. Per assicurargli questa protezione il diritto romano considera che il creditore pigneratizio possegga per conto del tradente solo all'effetto dell'usucapione (*possessio ad usucapionem*) ed altrimenti possegga per sè. Di conseguenza il creditore pigneratizio ha in proprio nome, e non solamente contro i terzi ma anche contro lo stesso costituente, gli interdetti possessorî (*possessio ad interdicta*) [1]; ai quali è venuta anche ad aggiungersi dopo la creazione dell'ipoteca, come sappiamo, un'azione reale, l'*actio hypothecaria*.

D'altra parte, dovendo la cosa servire soltanto di garanzia, l'accipiente non ha alcun diritto di usarne a suo profitto; non può p. es. fare un viaggio col cavallo impegnatogli, portare l'anello datogli in pegno. Ove a ciò non ottemperi, vale a dire ove egli usi della cosa senza permesso, sarà tenuto coll'azione del contratto e potrà anche essere tenuto per furto (*furtum usus*); analogamente a quello che abbiamo visto pel commodatario e pel depositario. Come non ha il diritto di usare della cosa, così il creditore pignoratizio non ha nemmanco il diritto di lucrare i frutti della medesima. — Fa eccezione il caso di *anticresi* (ἀντίχρησις); convenzione che conferisce al creditore il diritto di usare della cosa pignorata e percepirne per proprio conto i frutti, in compenso dell'uso che il debitore fa del capitale concessogli, ossia in luogo di interessi del credito garantito dal pegno.

227. — *a)* Sulla funzione di garanzia, basta citare il

---

[1]) Su ciò cfr. anche da ultimo Cornil *Traité de la possession* cit. a pag. 360 n. 3, pagg. 65-66.

§ 4 I. trascritto in parte a pag. 362, dove seguitando leggiamo che il pegno si dà nel riguardo ed a vantaggio del creditore « quo magis ei in tuto sit creditum ».

*b)* Sul possesso del creditore pignoratizio veggasi la L. 16 D. *de usurpat.* 41. 3 (Iavolen. *4 ex Plaut.*) trascritta a pag. 366 e gli altri testi ivi citati [1].

*c)* Come il creditore pignoratizio non abbia diritto di usare e godere i frutti della cosa pignorata e sulle conseguenze in cui incorre facendolo senza licenza, veggasi il § 6 I. *de obligat. ex del.* 4. 1, già trascritto a pag. 275; con cui può confrontarsi la L. 55 [54] pr. D. *de furtis* 47. 2 (Gai. *13 ad ed. prov.*): « Si pignore creditor utatur furti tenetur ».

---

[1]) E qui torna opportuno di informare che in rapporto alla trascritta L. 16 un interessante esame, nell'indirizzo dei rinnovati studî sulle interpolazioni, vien fatto da Eisele nella *Ztschr.* cit., vol. 18 [a. 1897] pagg. 11-12: La frase « adeo — pignori dedit » costituisce una conseguenza di ciò che immediatamente la precede, vale a dire dell'affermazione che il creditore pignoratizio « ad reliquas omnes causas possidet »; ma per questo rapporto consequenziale non si adatta « pignori dedit », occorrerebbe invece *pignori accepit.* E *pignori accepit* dovette scrivere appunto Giavoleno nel suo testo originario, avendo in mira l'*accessio possessionis* utile nel riguardo dell'*interdictum utrubi.* I compilatori, poichè tale interdetto era scomparso nel diritto giustinianeo e di *accessio possessionis* si poteva parlare soltanto in materia di usucapione, necessariamente sostituirono « pignori dedit » al primitivo *pignori accepit*; e meglio avrebbero operato, anteponendo inoltre la mutata proposizione all'altra « quod ad reliquas — possidet ». Ecco, conclude Eisele, un caso in cui l'interpolazione è certa, ancorchè non si manifesti per alcun indizio linguistico. (Per l'applicazione dei testi sull' *accessio possessionis* nell'*interdictum utrubi* alla materia dell'usucapione può vedersi Krueger *Histoire des sources du droit rom.* cit. a pag. 255 n. 1, pag. 441).

*d)* Sull'anticresi:

L. 11 § 1 D. *de P. et H.* 20. 1 (Marcianus *singul. ad formul. hypoth.*): « Si ἀντίχρησις facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti ».

L. 8 D. *in quib. caus. pignus* 20. 2 (Paul. *2 sentent.*): « Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere » (1).

228. — *4*) Infine occorre che il creditore si obblighi a restituire la cosa o l'eccedenza di prezzo ricavato dalla vendita della medesima, secondo che nella definizione si disse.

E qui, *mutatis mutandis*, possiamo riferirci alle precedenti trattazioni del deposito e del commodato (2).

Quanto alle fonti, basta rimandare al § 4 I. trascritto a pag. 362; e per analogia possono vedersi i testi relativi ai contratti di deposito e commodato (3).

229. — Effetti. Gli effetti del contratto di pegno risguardano le obbligazioni che da esso derivano necessariamente e direttamente a carico del pignoratario e quelle che eventualmente e indirettamente possono in-

---

1) Avvertasi che anche qui la parola che indica il rapporto (ἀντίχρησις) significa pure l'oggetto del medesimo, ossia la cosa vincolata in garanzia, di cui l'uso ed il godimento sieno stati accordati al creditore: L. 33 D. h. t. 13. 7.

2) Pagg. 322 e 271.

3) Ivi.

combere al pignorante — essendo anche il pegno un contratto bilaterale imperfetto — ed i mezzi con cui ottenere l'adempimento di tali obbligazioni.

230. — I. *Obbligazioni del pignoratario*:

*1*) Deve provvedere alla custodia ed alla conservazione della cosa colla cura di un buon *paterfamilias*; rispondendo anche della colpa lieve, come quegli che, unitamente all'altra parte, è pur interessato al contratto. — Se egli, come abbiamo detto ([1]), non ha diritto di usare della cosa a proprio vantaggio, ha d'altronde facoltà ed anzi obbligo di usare della medesima in quanto lo richiegga la necessità della sua conservazione; così può e deve coltivare il fondo, far passeggiare il cavallo, ecc. — Ed il pignoratario deve pure percepire i frutti e curare che la cosa produca l'utilità di cui è capace, p. es. locandola; certo non può lucrare frutti e profitti, ma è tenuto invece, ove non preferisca restituirli, a farne imputazione nel suo credito (agli interessi in primo luogo e quindi al capitale), rimettendo l'eventuale eccedenza, salvo il patto di anticresi precedentemente spiegato ([2]).

*2*) Chi ha ricevuto una cosa in pegno deve restituirla quando il suo credito sia estinto od altrimenti possa dirsi soddisfatto nel largo senso della parola. — Che se il rapporto obbligatorio in vista del quale la garanzia erasi data non esiste o non perviene a formarsi, l'accipiente deve fare la restituzione subito. E se la cosa fu data a pegno sotto una condizione, la restituzione

---

[1]) Pag. 368.
[2]) Ivi.

va fatta non appena questa venga a mancare. — L'accipiente deve restituire la cosa non deteriorata, e, insieme, gli accessorî della medesima come pure i frutti percetti e percipiendi e gli altri profitti ugualmente, in quanto non sieno imputati nel debito o non vi sia il patto d'anticresi secondo che poco prima si disse.

L'obbligo di restituire la cosa viene a cessare quando questa sia perita per caso fortuito (salvo la sussistente responsabilità del creditore in caso d'uso illecito) oppure sia stata venduta legittimamente dal creditore nell'esercizio del suo diritto di pegno. Ma nella prima ipotesi il pignorante può farsi cedere le azioni che il creditore abbia acquistato circa la cosa; e nella seconda ipotesi può reclamare l'eventuale eccedenza del prezzo di vendita sull'importo del credito, la così detta *hyperocha* (1).

In seguito ad una nota costituzione dell'imperatore Gordiano, dell'anno 239, il creditore pigneratizio quantunque sia stato pienamente soddisfatto pel suo credito

---

1) Non è fuor di luogo che, collegandoci a questa espressione greca, segnaliamo un importante rilievo terminologico fatto da Manigk nell'opera già citata e lodata a pagg. 240-241 n. 7, specialmente pag. 116 e segg. (la conclusione a pagg. 131-132). La parola *hyperocha* si trova in un unico passo, di Trifonino, L. 20 D. *qui potiores in pign.* 20. 4 (negli altri passi troviamo delle circonlocuzioni e dopo Scevola anche la singola parola *superfluum*, come nelle LL. 24 § 2 e 42 che poscia trascriviamo); la parola *antichresis* si trova due sole volte, in Marciano L. 11 § 1 D. *de pignor et hypoth.* 20. 1 e L. 33 D. *de pigner. act.* 13. 7, ed ambo le volte con lettere greche; *hypotheca* è voce usata certo più frequentemente delle suddette, ma che però non è mai divenuta a Roma una voce corrente, abituale. Con ciò cade l'argomento terminologico sì spesso invocato, e anche da ultimo, a favore dell'origine greca dell'ipoteca romana.

garantito dal pegno, può, se ha altri crediti semplicemente chirografarî contro la stessa persona, esercitare un diritto di ritenzione sulla cosa finchè non sia stato soddisfatto anche di questi altri crediti. Tale diritto di ritenzione è personale e non reale; non può farsi valere quindi che contro il pignorante e suoi eredi: e nemmanco rimpetto allo stesso pignorante ha luogo quando questi abbia dato il pegno per un debito altrui.

231. — Passiamo ora a considerare le fonti:

*a)* Per l'obbligo di custodire e conservare la cosa secondo che si è detto, onde si determina la misura di responsabilità del creditore pigneratizio, si possono citare varî testi; fra i quali i seguenti:

§ 4 I. più volte citato, che continuando dopo il brano trascritto a pag. 362 così dice: « sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere » (1).

---

1) Giustamente osserva Ferrini, loc. cit. a pag. 47 n. 5, confrontando il detto § 4 colla L. 1 § 6 D. *de O. et A.* 44. 7 (Gai. *2 aureor.*), che anche questo secondo brano appunto, « sed quia ecc. », doveva esserci nell'opera suddetta di Gaio, che qui fu modello alle Istituzioni giustinianee, poichè la dichiarazione della misura di responsabilità la si ha per gli altri contratti reali (vedi i §§ precedenti della cit. L. 1 ed in ispecie il § 5 per il richiamo al criterio del vantaggio ricavato o no dal negozio); non sono di Gaio invece le parole « actione pigneraticia » che precedono il brano qui trascritto (cfr. pag. 362).

L. 5 § 2 D. *commodati* 13. 6 (Ulp. *28 ad ed.*), trascritta a pag. 281, nella proposizione finale.

LL. 13 § 1 e 14 D. h. t. 13. 7 (Ulp. *38 ad ed.*; Paul. *29 ad ed.*): « Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit [1]. — Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur » [2].

*b)* Per l'obbligo di restituire, oltre il solito § 4 I. nel brano trascritto a pag. 362, vedi la L. 9 § 3 D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.*):

« Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio. satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventione nascitur pigneraticia actio. et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit » [3].

---

[1]) Parmi ceda un po' alla fantasia nell'interpretare questo passo Dernburg *Il dir. delle obblig.* vol. 2 pag. 140 n. 3.

[2]) Ricordiamo che anche qui Baron affaccia il suo criterio della cosidetta *responsabilità tecnica* (cfr. pag. 289 e segg.), ma non con maggior fortuna; vedi *contra* ancora Ferrini cit. a pagg. 225-226 n. *, pag. 86 e segg. (vol. 53 pag. 276 e segg.; pag. 286 e segg.). — D'altra parte come non possa seguirsi la L. 18 pr. D. *commodati* 13. 6, da cui parrebbe derivare invece una responsabilità minore pel creditore pigneraticio, in confronto di quella dichiarata, si è già detto a pagg. 285-286.

[3]) Adde L. 9 § 5 e L. 40 § 2 D. h. t.; LL. 10-12 C. h. t. 4. 24; L. 20 C. *de pignor.* 8. 13 [14]. — Particolarmente sul significato di *satisfacere (factio)* vedi i dizionarî giuridici ad v. e cfr. Per-

Vedi ancora la L. 11 § 2 D. h. t. (Ulp. *eod.*) in parte trascritta a pag. 365, e che così continua:

« idemque et si accepto lata sit pecunia, vel condicio defecit, ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est ».

*c)* L'imputazione e restituzione dei frutti e accessioni come pure l'obbligo di rendere la cosa non deteriorata appaiono in numerosi passi, fra i quali quelli che qui trascriviamo:

L. 1 C. *de actione pigneraticia* 4. 24 (Severus et Antonin.): « (trad. lat.) Fructus ex pignore percepti in debitum computantur, et cum totum debitum adaequant, actio tollitur et pignus redditur. cum vero fructus debitum etiam excedunt, qui superant redduntur ».

L. 3 C. h. t. (Alex.): « Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus quos percepit vel percipere debuit in rationem exonerandi debiti computare necesse habet et, si agrum deteriorem constituit, eo quoque nomine pigneraticia actione obligatur » (1).

*d)* Circa la restituzione dell' *hyperocha*, in seguito all'uso fatto dell'*ius distrahendi*, riproduciamo i seguenti due passi:

L. 24 § 2 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Si vendiderit quidem creditor pignus pluris quam debitum erat,

---

nice *M. A. Labeo* vol. 1 (Halle 1873) pag. 458 e nuovamente nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 19 [a. 1898] pag. 126. A noi è parso che, adoperandola in largo senso come in latino, si potesse conservare la medesima voce in italiano.

1) Adde: L. 12 C. h. t.; L. 22 pr. e §§ 1-2 D. h. t. 13. 7; L. 5 § 21 D. *ut in possess. leg.* 36. 4; L. 2 C. *de partu pign.* 8. 25 [24] L. 1 C. *de distr. pign.* 8. 28.

nondum autem pretium ab emptore exegerit, an pigneraticio iudicio (1) conveniri possit ad superfluum reddendum, an vero vel exspectare debeat (2), quoad emptor solvat, vel suscipere actiones adversus emptorem? et arbitror non esse urguendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem aut, si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emptorem periculo tamen venditoris. quod si accepit iam pecuniam, superfluum reddit ».

L. 42 D. h. t. (Papin. *3 respons.*): « Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure cogitur, nec audiendus erit, si velit emptorem delegare, cum in venditione, quae fit ex facto, suum creditor negotium gerat » (3).

---

1) Per le interpolazioni del *pignus* in luogo della *fiducia* vedi Lenel *Paling.* vol. 2 col. 618 n. 9 e 12 e H. Appleton *Des interpolat.* pag. 151 e segg.

2) debitor, *ins.*

3) Il creditore deve anche gli interessi dell'eccedenza, com'è detto in questa legge, se la impiega a frutto o altrimenti se ne serve od è semplicemente in mora di restituirla: L. 6 § 1 e L. 7 D. h. t. — In rapporto ai testi qui trascritti e citati veggasi fra gli autori più recenti Pernice cit. a pag. 272 n. 1, pagg. 163 164. Particolarmente per l'esegesi, Pernice crede che nella L. 24 § 2 la proposizione « an vero — adversus emptorem » sia un'aggiunta esplicativa, affatto superflua; e nella L. 42 anzichè « ex facto » vuol leggere *ex pacto*, conforme alla proposta fatta già da Cuiacio, cui altri hanno aderito e che anche Mommsen ricorda nella sua edizione. (Combatte invece questa variante Dernburg *Das Pfandrecht* cit. a pag. 285 n. 2, vol. 2 pagg. 217-218, come non adatta al contesto, e d'altra parte, non contento punto di « ex facto », modifica tutta la frase così: *in ea venditione quae pignoris iure est facta, suum creditor negotium gerat.* La quale modificazione è accolta dal prof. Costa nel suo *Papiniano* cit. a

*e)* Trascriviamo ancora l'importante costituzione sul diritto di ritenzione del pegno da ultimo ricordata:

L. un. C. *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri* 8. 26 [27] (Gordianus): « Pignus intercidit, si novatione facta in alium ius obligationis transtulisti nec, ut ea res pignoris nomine teneretur, cautum est. — § 1. Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem [1]. — § 2. Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. — § 3. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre ».

232. — II. *Obbligazioni del pignorante*:

*1*) Chi ha dato il pegno è tenuto a rimborsare l'altro contraente delle spese necessarie che abbia dovuto fare per la cosa pignorata, ed anche di altre spese se fatte coll'assenso del pignorante od altrimenti conformi alla

---

pag. 345 n. *, vol. 4 pag. 106 e segg.; mentre, continuando cogli autori nostri, difende la lezione fiorentina il prof. Pacchioni nel *Trattato della gestione degli affari altrui sec. il dir. rom. e civ.* Lanciano 1893 pagg. 154-155).

[1]) Cfr. L. 8 C. *de pignoribus* 8. 13 [14].

sua presumibile volontà. — Come spesa necessaria vanno considerati anche il pagamento dei tributi pubblici ed il soddisfacimento di un creditore ipotecario anteriore di rango.

*2*) Il pignorante deve risarcire il pignoratario dei danni che gli abbia procurato con dolo od anche con semplice colpa; a meno che abbia dato il pegno a garanzia di un debito altrui, nel qual caso risponde solamente di dolo. Ciò in relazione all'elemento del vantaggio che egli pignorante ritrae o no dal contratto, a seconda delle diverse ipotesi.

*3*) È tenuto a liberare l'accipiente dalle obbligazioni che questi abbia dovuto assumere in occasione della vendita del pegno.

*4*) Il pignorante, conformemente allo scopo del contratto, se la cosa data in pegno non realizza la voluta garanzia — come quando, ad insaputa del creditore, non appartenga al pignorante stesso od abbia dei vizî occulti che ne diminuiscano il valore — deve dare un nuovo pegno o prestare un congruo indennizzo, e qualora sia in mala fede, può essere tenuto anche criminalmente, come reo di stellionato [1].

233. — Passiamo ai testi.

*a)* In rapporto al nr. *1*):

L. 8 pr. D. h. t. (Pompon. *35 ad Sab.*): « Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum quem

---

[1]) Figura elastica ed indeterminata di delitto sussidiario, così detta dalla lucertola screziata o macchiata a stelle (*stellio*), ossia dalla tarantola, riputata nociva agli esseri umani. Cfr. e vedi per tutti Landucci *Storia del diritto romano* 2ª ed. vol. I..... Verona-Padova 1898 pagg. 1082-83.

pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habebo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere » (1).

L. 25 D. h. t. (Ulp. *31 ad ed.*) (2): « Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor. sicut enim neglegere creditorem (3) dolus et culpa quam praestat non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad reciperandum: puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres. alioquin non est aequum aut quaerere me alios creditores aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi paenuria coactum dere-

---

1) Questo passo originariamente si riferiva alla *fiducia*; cfr. pag. 252 n. 2 coi successivi richiami. — Per l'interpolazione di *actio contraria pigneraticia* in questo ed in altri passi del medesimo titolo vedi Gradenwitz *Interpolationen* pag. 118 e segg.

2) Per la rettifica della rubrica, in **Paul.** *31 ad ed.*, e per la segnalazione dell'originaria appartenenza del testo alla materia della *fiducia*, vedi Lenel *L'Edit* vol. 2 pag. 5 n. 4 e *Palingen.* vol. 1 col. 1027 n. 2-5, nonchè H. Appleton *Des interpol.* pag. 155 n. 1. Circa il primo punto, Lenel ricorda anche la proposta del prof. Landucci (*Arch. Giurid.* vol. 28 [a. 1882] pag. 412 n. 2) di correggere così invece: Ulp. *30 ad ed.*

3) rem, *ins.*

linquere. medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor neque onerosus creditor audiatur » (1).

*b)* In rapporto al nr. *2)*:

§ 4 I. nel brano trascritto a pag. 373 per la dichiarazione che il contratto di pegno è a vantaggio di ambo i contraenti, onde si desume la responsabilità per colpa lieve anche da parte del pignorante (2).

L. 31 D. h. t. (Africanus *8 quaest.*): « Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat » (3).

L. 62 [61] § 1 D. *de furtis* 47. 2 (Idem *eod.*): « His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditione hominem relinquas ».

L. 7 pr. C. h. t. 4. 24 (Alex.): « Creditor, qui fundos et domos pignori vei hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo

---

1) Adde: L. 7 § 1 C. h. t. 4. 24; L. 6 C. *de pignor.* 8. 13 [14]; L. 29 i. f. D. *famil. ercisc.* 10. 2.

2) Adde e cfr. L. 5 § 2 D. *commod.* 13. 6, richiamata a pag. 374. — Ma da questi stessi passi può argomentarsi la responsabilità più ristretta del pignorante estraneo, ossia non debitore.

3) Per le interpolazioni in questo passo, originariamente relativo alla *fiducia*, vedi più addietro, pag. 340, e gli autori ivi citati.

datum in rationem deducere cogitur et, si dolo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit, eo quoque nomine pigneraticia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis ».

*c)* In rapporto al nr. *3*):

L. 22 § 4 D. h. t. (Ulp. *30 ad ed.*): « Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus), an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut paterfamilias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet [1], quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere » [2].

*d)* In rapporto al nr. *4*):

L. 1 § 2 D. h. t. (Ulp. *40 ad Sab.*): « Si quis... cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita

---

[1]) vendiderit, *scr.*

[2]) Aggiungi L. 8 § 1 D. h. t. — Il testo trascritto contemplava in origine la *fiducia*, come già si è notato a pag. 240; cfr. Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 618 n. 9 e 10 e H. Appleton *Des interpolat.* pag. 151 e segg. Particolarmente per tutta la frase « an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis » e oltre vedi: Gradenwitz *Interpolationen* pagg. 80-81, 119-120; Lenel stesso ivi e nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 9 [a. 1888] pagg. 178-179; e da ultimo Pernice cit. a pag. 272 n. 1, pagg. 162 e 163 n. 7 che segue Gradenwitz. Riconosciuto che il passo genuino parlava di *fiducia*, è per esso risolta la questione altra volta discussa sull'obbligo dell'evizione per la vendita della *res fiduciae* data da parte del creditore fiduciario, risultando questi al riguardo in condizione pari a quella del creditore pignoraticio; cfr. ancora Lenel nella suddetta *Ztschr.* vol. 3 [a. 1882] pag. 110.

pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit ».

L. 9 pr. D. h. t. (Ulp. *28 ad ed.*): « Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium ».

L. 16 § 1 D. h. t. (Paul. *29 ad ed.*): « Contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pigneratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit » (1).

L. 36 D. h. t. (Ulp. *11 ad ed.*): « Si quis pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri: quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita Pomponius scribit. sed et extra ordinem

---

1) Il primo periodo di questo passo « Contrariam — certum est » fu giudicato da Gradenwitz (*Interpol.* pag. 118 e segg.), specie raffrontandolo col proemio, opera dei compilatori; cfr. Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 1023 n. 2.

stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum [1] — § 1. Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit [2], eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debebit cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit » [3].

234. — III. *Azioni*:

Il pignorante ha l'*actio pigneraticia directa*. Questa, essendo un'azione personale [4], non si dà che contro chi ha ricevuto la cosa in pegno e contro i suoi eredi, non già contro i terzi detentori della medesima.

All'accipiente o pignoratario spetta l'*actio pigneraticia contraria*. — In quanto la condizion delle cose lo consenta, egli può far valere i suoi eventuali diritti anche per via di compensazione o ritenzione.

235. — Anche qui, come nel *deposito* [5], non ci trattengono lungamente i testi, avuto riguardo alle citazioni già fatte.

Per l'azione diretta rinviamo al solito § 4 I. nel brano

---

[1]) Cfr. con questo passo L. 1 § 1 D. h. t. e L. 20 pr. D. *de furtis* 47. 2.

[2]) « nec — certioraverit », *Trib.*, cfr. Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 468 n. 4.

[3]) Adde: L. 32 D. h. t.; L. 54 D. *de fideiussor.* 46. 1; L. 6 C. *si aliena res* 8. 15 [16].

[4]) Parrà superfluo avvertire di non confonderla coll'*actio pigneraticia in rem*, che è l'azione ipotecaria.

[5]) Pag. 341.

trascritto a pag. 362 ed ai titoli *sedes materiae* delle Pandette e del Codice [1].

Per l'azione contraria rinviamo ai passi trascritti a pag. 378 e segg.; fra questi havvi la L. 8 pr. D. h. t. che interessa pure per il *ius retentionis* [2]; per la compensazione si può confrontare sempre Gai. 4. 61-63 [3].

236. — Si aggiunga che il pignorante ha la possibilità di far valere contro il pignoratario altre azioni all'infuori di quella specifica del contratto, analogamente a ciò che abbiamo visto pel commodante e pel deponente: l'*actio ad exhibendum* e la *rei vindicatio*; le azioni derivanti dal furto [4]; l'*actio legis Aquiliae* [5]; ecc. — Ma anche il pignoratario può avere contro il pignorante, indipendentemente dall'*actio pigneraticia contraria*, le azioni nascenti da un delitto privato, come il furto *(furtum possessionis)* [6] o il danno ingiusto [7].

---

[1]) Per la duplice formula rinviamo a pag. 248 n. 1. Lenel ivi cit. ricostruisce la formula *in factum* come segue: *Iudex esto. Si paret A. Agerium N. Negidio rem qua de agitur ob pecuniam debitam pignori dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N. Negidium stetisse, quo minus solveretur, eamque rem A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit,* et rel.

[2]) Confronta poi questa legge colla L. 18 § 4 D. *commodati* 13. 6, trascritta a pag. 311.

[3]) Vedi pagg. 250 n. 1 e 249 n. 3.

[4]) § 6 I. *de obligat. ex del.* 4. 1; LL. 4-5 D. h. t. 13. 7; LL. 52 § 7, 55 [54] pr., 74 [73] D. *de furtis* 47. 2.

[5]) L. 18 § 1 D. *commodati* 13. 6.

[6]) §§ 10 e 14 [16] I. *de obligat. ex del.* 4. 1 (Gai. 3. 200 e 204); LL. 3 e 36 pr. D. h. t. 13. 7; L. 4 § 21 D. *de usurpat.* 41. 3; LL. 19 §§ 5-6, 20 pr., 67 [66] pr., 88 [87] D. *de furtis* 47. 2.

[7]) L. 17 D. *ad leg. Aquil.* 9. 2. — Da ultimo si esprime contro

237. — Nella precedente trattazione del contratto di pegno abbiamo cercato di non invadere il campo dei diritti reali. D'altra parte porre il contratto di pegno addirittura nella dottrina dei diritti reali, come da taluno vien fatto (1), presenta pure inconvenienti (2).

Ancora un avvertimento: Le regole relative al contratto di pegno si applicano per analogia nel caso in cui un creditore semplicemente ipotecario, in base al proprio diritto di ipoteca (tanto se costituito mediante convenzione, quanto se altrimenti) sia entrato in possesso della cosa od anche senza questo abbia fatto valere il suo diritto (3).

---

la genuinità di questo passo, almeno in riguardo al creditore pignoratizio, il prof. De Medio in un pregevole studio *sulla legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae in dir rom. classico* inserito in *Studi ecc.* cit. a pag. 306 n. 1, pag. 27 e segg. (per il creditore pignoratizio, pag. 35 e segg., concludendo che l'estensione utile dell'*actio legis Aquiliae* a quest'ultimo pare innovazione giustinianea; più particolarmente per la L. 17 qui cit., pagg. 44-45).

1) Fra gli altri da Dernburg il quale nel cit. *Diritto delle obblig.*, che è il volume 2° delle sue *Pandekten*, non parla del nostro contratto.

2) Cfr. Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 66 n. 6.

3) Per l'ipoteca convenzionale (*pactum hypothecae*) vedi p. es. L. 7 pr. D. *de distr. pign.* 20. 5 e LL. 4 e 7 C. h. t. 4. 24. — All'infuori della suddetta: L. 11 § 5 D. h. t.; L. 34 *de damno inf.* 39. 2; L. 5 § 21 D. *ut in possess. leg.* 36. 4. Quest'ultimo testo fa menzione di una *utilis actio exemplo pigneraticiae actionis*; nei primi due si parla addirittura di *actio pigneraticia* senz'altro, il che possiamo spiegare col fatto che si tratta del diritto di pegno del locatore sugli *invecta et illata* al quale diritto vien collegata l'idea della *tacita pignoris conventio*. Cfr. Windscheid ivi n. 5. — Vedi anche L. 21 § 3 D. *de P. et H.* 20. 1.

# INDICE

## CAPITOLO SECONDO

### I contratti reali

§ 8. Il mutuo . . . . . Pag. 148
Definizione e terminologia — Cenno storico (pag. 151) – Requisiti (pag. 153) — Effetti (pag. 178) — Prova (pag. 192)
Casi speciali: Mutuo marittimo (pag. 196). Mutuo di denaro ad un filiusfamilias (pag. 206)
§ 9. La fiducia . . . . . » 225
Nozione e fonti — Requisiti e scopi (pag. 229) — Effetti e sanzione (pag. 233) — Scomparsa (pag. 239)
§ 10. Gli altri contratti reali in generale . . » 242
Cenno storico (pag. 243) — Caratteri e confronti (pag. 249)
§ 11. Il commodato . . . . . » 253
Definizione e terminologia — Requisiti (pag. 258) — Effetti: I Obbligazioni del commodatario (pag. 272); II Obbligazioni del commodante (pag. 307); III Azioni (pag. 310)
§ 12. Il deposito . . . . . » 313
Definizione e terminologia — Requisiti (pag. 315) — Effetti: I Obbligazioni del depositario (pag. 322); II Obbligazioni del depositante (pag 338); III Azioni (pag. 340)
Casi speciali: Deposito necessario ossia miserabile (pag. 342). Deposito irregolare (pag. 345). Sequestro (pag. 356)
§ 13. Il pegno . . . . . » 361
Definizione e terminologia — Contratto di pegno e diritto di pegno (pag 364) — Requisiti (pag. 365) – Effetti: I Obbligazioni del pignoratario (pag. 371); II Obbligazioni del pignorante (pag. 377); III Azioni (pag. 383)

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

UNIVERSITÀ DI TORINO

*Anno scolastico 1905-06*

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 3

1906

Fascicolo 4°

Libreria Carlo Clausen

Prof. CESARE BERTOLINI

# APPUNTI DIDATTICI

DI

# DIRITTO ROMANO

TORINO
TIPOGRAFIA PIETRO GERBONE
Via Gaudenzio Ferrari, 8

1906

FEB 9 '87

# CAPITOLO TERZO

## I contratti innominati

238. — Diamo la precedenza ai contratti innominati in confronto dei contratti consensuali, a cagione dell'analogia che essi nel fondamento generale — necessità che una delle parti abbia eseguita la propria prestazione — presentano coi contratti reali, dei quali abbiamo appena finito di trattare. L'affermazione di analogia tra i due gruppi di negozî così espressa e contenuta non può certamente venir impugnata [1]; e ci sembra bastevole, specie in un'opera didattica, per giustificare l'ordine tenuto.

La difficile dottrina generale dei contratti innominati si reputa svolta, naturalmente, nella *Parte generale* delle *Obbligazioni.*

---

[1]) Cfr. per tutti Bonfante *Istitus.* pag. 428 il quale ben dice che « i *contratti innominati* appaiono quasi un compimento e una generalizzazione dei contratti reali ». Per altro riguardo, approfondendo, vedi in senso contrario p. es. Ferrini *Manuale* pag. 675; il quale, d'altronde, è uno dei pochi fra gli autori più moderni ad anteporre, come facciamo noi, i contratti innominati ai consensuali.

Qui noi diciamo singolarmente di alcuni più importanti contratti innominati, i quali pur ebbero particolare denominazione; e precisamente ci occupiamo della *permuta*, del *contratto estimatorio*, del *precario* (1).

## § 14.

## La permuta *

Nozione — Confronto colla compravendita (pag. 392)

239. — NOZIONE. La permuta *(permutatio, rerum permutatio)* è lo scambio di cosa con cosa. — Tale scambio, seguito in tutto il suo possibile sviluppo, presenta tre momenti: l'accordo; la dazione da parte di uno dei contraenti; la dazione anche da parte dell'altro, con che lo scambio è compiuto. Il contratto di permuta, contratto innominato, si ha nel secondo momento, quando

---

1) Pei primi due confronta il § 28 I. *de action.* 4. 6 che enumerando le azioni di buona fede indica anche « ... praescriptis verbis (actio) quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit... ». Il caso dell'*aestimatum* è quello contemplato dall'Editto (« proponitur »); Giustiniano vi aggiunge l'altro della *permutatio*, verosimilmente in base al criterio della frequenza ed importanza; cfr. e vedi Girard *Manuel* pagg. 585 e 587 n. 3.

* Dig., tit. *de rerum permutatione* 19. 4; Cod., tit. *de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione* 4. 64.

Glück *Comment. delle Pand.* lib. 19 pag. 440 e segg., trad. annotata dell'avv. Grego; Accarias *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste* Paris 1873 (2e tirage de l'éd. de 1866) pag. 133 e segg. e passim, ancora in parte utile sebbene invecchiato.

uno dei contraenti ha dato già la cosa sua per avere quella dell'altro; onde ben lo si definisce quel contratto per cui uno, ricevendo una cosa da un altro, rimane obbligato a dargli un'altra cosa in cambio.

240. — Il concetto e la funzione economica della permuta richiama tosto al pensiero un'altra operazione, un altro negozio, la compravendita; dove una cosa è scambiata non con un'altra, ma col denaro, il comune misuratore e realizzatore dei valori e delle entità economiche. E qui va segnalata la permuta come la forma più antica di scambio, in origine assoluta, poichè non eravi ancora il denaro. Coll'introdursi della moneta, ossia del metallo assunto a funzione di prezzo, si determina e individualizza lo scambio di una cosa con denaro, della merce col prezzo, cioè appunto la compravendita; la quale sempre più si estende e diventa rilevante, facendo corrispondentemente scemare di frequenza e d'importanza la permuta. Una delle due scuole famose di giureconsulti, quella dei Sabiniani, vorrebbe addirittura assorbito dal nuovo istituto l'antico; nella permuta avremmo una semplice varietà della vendita, alla quale non sarebbe essenziale il corrispettivo generale e uniforme del denaro. Ma l'opinione contraria, sostenuta dai Proculiani, trionfa; e nella permuta, pur diminuita di frequenza e d'importanza [1], si trova e riconosce una particolare fi-

[1]) Dice bene Dernburg *Diritto delle obblig.* pag. 440: « Un carattere economico diverso da quello della vendita, cioè dello scambio di merce contro denaro, ha la permuta, che è lo scambio di merci contro merci. Infatti la vendita ha un carattere rigorosamente commerciale, ed è perciò il negozio più importante

gura giuridica e come tale la si sanziona. Essa presenta notevoli punti di contatto colla compravendita; ma puranche da questa in guisa molteplice si differenzia (1).

241. — CONFRONTO COLLA COMPRAVENDITA. Cominciamo dalle diversità:

Ricordiamo anzitutto quella fondamentale o primordiale che finora ci stette dinanzi, dello scambio di cosa con cosa anzichè con denaro. — In secondo luogo nella permuta abbiamo un contratto innominato e non un contratto consensuale. Pertanto essa, a differenza della compravendita che si perfeziona col semplice consenso, richiede la tradizione per esser perfetta; bisogna che sia stata data una delle due cose da scambiarsi; la sola convenzione di dare per ricevere reciprocamente non costituisce il contratto di permuta, ma un semplice *placitum permutationis*. Pertanto ancora, non avvenendo la controprestazione può domandarsi, anzichè l'adempimento del contratto, la risoluzione del medesimo e la restituzione della prestazione fatta, mercè la *condictio ob causam datorum* (*condictio causa data causa non secuta*, nel nuovo linguaggio) (2); mentre siffatta condizione o

---

e generale del commercio; la permuta è più un avvenimento accidentale, e spesso non ha un carattere rigorosamente commerciale ».

1) Sull'assimilazione invece della permuta alla compravendita nel diritto attico vedi Beauchet *Droit privé* cit. a pag. 196 n. 1, vol. 4 pagg. 114-115.

2) Ricordiamo, da ultimo con Dernburg *Dir. delle obbl.* pag. 617 n. 1, la costruzione di tal frase: *causa non secuta* è ablativo assoluto; *data* è accusativo dipendente da *secuta*; *causa* è ablativo causale che si riferisce a *data* — onde la frase così letteralmente si volgerebbe: *condictio* perchè la causa non seguì ciò che era

clausola risolutiva tacita non si ha nella compravendita (come, sappiamo, nemmanco negli altri contratti in genere tolti gli innominati) dove l'inesecuzione del contratto dà diritto unicamente, salvo patto speciale, al risarcimento dei danni. — I permutanti sono obbligati reciprocamente alla *datio* in stretto senso, ossia a trasferirsi la proprietà delle cose che scambiano. Nella vendita, chi compera deve pur ugualmente far acquistare all'altra parte la proprietà delle specie metalliche che dà come prezzo, ma quest'altra parte, ossia il venditore, non è tenuto invece a trasferire la proprietà della merce, bensì solo l'*habere licere*. — Nella permuta la tradizione di una delle cose da scambiarsi basta per sè sola a far acquistare il dominio all'accipiente, senza e prima che questi faccia la sua tradizione reciproca; nella compravendita al contrario non basta la tradizione della merce da parte del venditore proprietario a farne diventare proprietario il compratore, ma occorre di più, in massima, che questi paghi il prezzo. — Nella permuta non havvi rescissione per *laesio enormis*.

242. — Come si vede, sono varie e notevoli le diversità. — D'altro lato, la permuta, oltrechè è contratto sinallagmatico e di buona fede come la vendita, ha particolarmente comuni con questa i principî circa il *periculum et commodum*, i vizî occulti della cosa trasmessa e l'evizione della medesima. Ma qui ancora si trova poi

---

stato dato per una causa. — Ricordiamo ancora che Giustiniano per via di interpolazioni escludeva la suddetta *condictio* quando l'inadempimento non fosse colposo; cfr. da ultimo Bonfante *Istit.* pag. 431.

luogo a distinguere. Infatti circa i vizî, nella permuta non si potrà agire anche per diminuzione di prezzo, che addirittura in essa non esiste, sibbene solo per redibizione e risarcimento di danni. Per l'evizione viceversa, si ha, anzichè un singolo, un duplice diritto di agire, alternativamente, o *praescriptis verbis* o colla *condictio*; e non occorre nemmeno di attendere che si verifichi l'evento dell'evizione, poichè nella permuta deve venir trasmessa addirittura la proprietà e quindi, per ciò solo che l'accipiente scopre essere la cosa (l'una o l'altra) di un terzo o che un terzo vi ha diritto, egli può agire contro l'altra parte [1].

243. — Gai. 3. 141: « Item pretium in numerata pecunia consistere debet [2]. *Nam* in ceteris rebus an

---

[1]) Lenel (cit. a pag. 267 n. 1, ivi pagg. 179-180) ha negato questa differenza ed asserito che anche nella permuta soltanto chi sia realmente evitto possa aver ragione contro l'altra parte. Ma l'illustre romanista è rimasto isolato in questa sua opinione; e veramente gli argomenti addotti, se mostrano ancora una volta la grande valentia dell'A., non riescono però a persuadere. Ma forse Lenel stesso non conserva tuttora quell'opinione; almeno negli scritti successivi non ha mai colto, ch'io sappia, l'occasione per ripeterla. — All'opposto, risalendo addirittura alle fonti, vogliamo qui ricordare come il giureconsulto Giuliano (riferito da Africano) in base al carattere di buona fede dell'*actio empti*, abbia stabilito che chi avesse venduto scientemente cosa altrui ad insaputa invece del compratore, potesse tenersi responsabile colla detta azione senza bisogno di aspettare l'evizione, reputandosi il medesimo in dolo (L. 30 § 1 D. *de action. empti vend.* 19. 1, e cfr. per tutti Bonfante *Istituz.* pag. 417).

[2]) Gaio sta parlando della compravendita e più particolarmente dell'elemento del prezzo nella medesima, e la dichiarazione con cui inizia questo paragrafo segue l'altra del paragrafo precedente che « pretium certum esse debet ».

pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei *pretium esse possit*, valde quaeritur. Nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium. Unde illud est quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero qui aliqua parte (1) sic ait: (trad. lat.) *inde vinum comparabant comantes Achivi, alii aere, alii splendido ferro, alii pellibus boum, alii ipsis bobus, alii mancipiis* (2). Diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin *non posse* rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse, et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri... ».

§ 2 I. *de empt. et vendit.* 3. 23 [24]. — Riproduce il brano di Gaio con lievi varianti di forma e sostituendo a « Nostri praeceptores » le parole « Sabinus et Cassius (3)»; aggiungendo poi in fine: « sed Proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam merito praevaluit, cum et ipsa aliis Homericis versibus adiuvatur (4) et validioribus ra-

---

1) *Il.* 7. 472 e segg.

2) Questi versi sono restituiti in base al paragrafo delle Istituzioni giustinianee subito dopo citato; nel manoscritto gaiano « ait et reliqua » (cfr. Girard *Textes* pag. 290 n. 1).

3-4) Vedi il passo del Digesto che segue nella nostra esposizione, e la Parafrasi greca pagg. 353-354. Per il verosimile riguardo dei compilatori anche alle *res cottidianae* di Gaio confronta Ferrini cit. a pag. 47 n. 5, pagg. 178-179 (nell'estratto pagg. 82-83).

tionibus argumentatur. quod et anteriores divi principes admiserunt et in nostris digestis latius significatur » (1).

L. 1 pr. e § 1 D. *de contrah. emptione* 18. 1 (Paul. *33 ad ed.*): « Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur (2). — Sed

---

1) Seguono nell'esposizione nostra i passi del Digesto cui Giustiniano si riferisce. Giustiniano stesso accenna ancora alla presente controversia nel § 2 I. *de locat. et cond.* 3. 24 [25] « ... sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur... ».

2) Questa descrizione del rapporto storico fra permuta e vendita e della congiunta origine della moneta viene lodata dagli economisti (cfr. p. es. Oertmann *Die Volkswirtschaftslehre* cit. a pag. 335 n. 1, pagg. 82-83, 86 e segg. e fra i nostri Alessio nell'*Archivio Giurid.* vol. 42 [a. 1889] pagg. 420-421, Cossa *Introduzione allo studio dell'Econom. polit.* 3 ed. Milano 1892, pag. 157, e recentissimo Lampertico *Di un luogo classico del Digesto nella Storia dell'Econ. e del Diritto* in *Festgaben für Adolph Wagner* Leipzig 1905 pag. 103 e segg., cogli autori dai medesimi citati) oltrechè dai romanisti (cfr. p. es. Accarias *Précis* vol. 2 pag. 276 n. 2, May *Eléments de droit romain* 8 ed. Paris 1904 pag. 289 n. 4, e fra i nostri Ronga *Institua.* vol. 2 pag. 75 n. 1 e da ultimo Brini

an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem, Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Graecorum aere ferro hominibusque vinum emere refert, illis versibus: (trad. lat.) *inde vinum comparabant* ecc. (1). sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem sicut illi (2): (trad. lat.) *iam vero Saturni filius Jupiter Glauco mentem ita perturbavit, ut cum Diomede Tydei filio arma permutaret* (3). magis autem pro hac sententia

---

*L'obbligazione nel dir. rom.* Bologna 1905 pagg. 55-56). — Una recente analisi economico-giuridica di tal brano, con speciale riguardo alla proposizione « eaque materia ... usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate » dà Erman nella *Ztschr.* cit. a pag. 7 n. *, vol. 22 [a. 1901] pag. 161 e segg. — Per confronto con Aristotele vedi da ultimo Lampertico cit.

1) Come prima nel brano delle Istit. gaiane (cfr. pag. 395 n. 2).

2) *Il.* 6. 234-235.

3) La Graeca Paraphr. cit. a pag. 395 n. 3-4 continua la citazione « *aurea aheneis, centum boum pretio aestimata cum aestimatis bubus novem* », soggiungendo poi « ecce enim hic permutationem, non venditionem, contractum manifeste vocavit ». — Ed è interessante confrontare Plin. *Hist. natur.* 33. 1 [3]: « Utinamque posset e vita in totum abdicari, [sacrum fame (aurum), ut celeberrimi auctores dixere,] proscissum conviciis ab optimus quibusque, et ad perniciem vitae repertum: quantum feliciore aevo, quum res ipsae permutabantur inter se, sicut et Troianis temporibus factitatum Homero credi convenit. Ita enim, ut opinor, commercia victus gratia invecta. Alios coriis boum, alios ferro captivisque rebus emtitasse tradit; quanquam et ipse mirator auri, aestimationes rerum ita fecit, ut centum boum arma aurea permutasse Glaucum diceret cum Diomedis armis novem boum. Ex qua consuetudine multa legum antiquarum pecore constat, etiam Romae ».

illud diceretur, quod alias [1] idem poeta dicit: (trad. lat.) *emit ex bonis suis*. sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit » [2].

L. 1 D. *de rerum permutatione* 19. 4 (Paul. *32 ad ed.*) [3]: « Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio

---

Nonchè Serv. *Comm. in Verg. Georg.* 3. 306: « ... nam apud maiores omne mercimonium in permutatione constabat, quod et Gaius Homerico confirmat exemplo ».

[1]) *Od.* 1. 430.

[2]) Intorno alla presente disputa fra Sabiniani e Proculiani vedi fra gli scritti più recenti il pregevole lavoro del prof. Baviera *Le due scuole dei giureconsulti romani* Firenze 1898 pag. 86 e segg., ancorchè in qualche punto dall'egregio collega discordiamo.

[3]) Lenel (*Palingen.* vol. 1 col. 1034 n. 2 e *Edit* vol. 2 pag. 16 n. 1) giustamente corregge in 33 il numero del libro, in base alla materia trattata e confrontando col passo che abbiamo immediatamente prima trascritto, di cui questo è chiaramente il seguito (e qui confronta nella cit. *Palingen.* anche n. 1).

patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis. — § 1. Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur (1). — § 2. Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, (locatione) conductione, mandato (2). — § 3. Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. — § 4. Igitur ex altera parte traditione facta si altera rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest (3) nostra illam rem ac-

---

1) Ecco, dice Lenel (*Edit* vol. 2 pag. 17) in base alle espressioni di questo paragrafo, che non vi era una particolare *actio praescriptis verbis* per la permuta. E ciò, soggiunge, trova conferma nella controversia di cui sopra, se la permuta dovesse o no assimilarsi alla vendita; infatti se già l'Editto col creare una formula speciale avesse risolta tal controversia, Gaio (3. 141) non potrebbe presentarci il dibattito come ancora vivo, nè Paolo (L. 1 § 1 D. 18. 1) si limiterebbe a giustificare l'opinione sua dicendo « verior est Nervae et Proculi sententia ». — Cfr. e vedi qui anche Girard *Manuel* pag. 585 n. 5 e 4; il quale accenna poi alla possibilità che nel presente paragrafo i compilatori abbiano tolto la parola *civilem* nella designazione dell'*actio in factum*, come pure all'altra possibilità invece (d'accordo qui con Pernice) che Ulpiano riproduca una soluzione data da un giurista anteriore (Pernice pensa a Giuliano).

2) Per l'opera dei compilatori in questo paragrafo vedi da ultimo Perozzi *Le obbligaz. romane* pag. 128 nota.

3) Le parole « tradita — interest » sono aggiunte in base ai Basilici, mentre mancano nella fiorentina; cfr. l'ed. di Mommsen.

cepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est quasi re non secuta » (1).

L. 2 D. h. t. (Idem *5 ad Plautium*): « Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex (ea) causa daretur ».

L. 5 § 1 D. *de praescr. verbis* 19. 5 (Paul. *5 quaest.*): « Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta (2). sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. explicitus est articulus ille do ut des » (3).

L. 19 § 5 D. *de aedilicio edicto* 21. 1 (Ulp. *1 ad ed. aedil. curul.*): « Deinde aiunt aediles: *emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus.* pollicentur emptori actionem et successoribus eius qui in universum

---

1) Non si può negare che quest'ultimo paragrafo sia intricato e contradditorio; e certamente vi han posto mano i compilatori. Cfr. anche Bonfante *Istit.* pag. 433 n. 1.

2) Cfr. la L. 1 § 4 D. h. t. 19. 4 prima trascritta. — Lenel *Palingen.* vol. 1 col. 1195 a tal punto inserisce la L. 43 D. *de pactis* 2. 14 (Paul. *5 quaest.*).

3) « Explicitus — des » *Tribon.* Cfr. Lenel loc. cit. n. 3, dubitante però. Ma tutta la L. 5 D. cit. è in buona parte opera dei compilatori; cfr. fra i più recenti Bonfante *Istit.* pag. 430 n. 2 e Perozzi *Le obblig. rom.* pag. 128 nota e pag. 140 nota.

ius succedunt. emptorem accipere debemus eum qui pretio emit. sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri ».

L. 2 C. *de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione* 4. 64 (Diocl. et Maxim.): « Permutationem re ipsa utpote bonae fidei constitutam, sicut commemoras, vicem emptionis obtinere non incogniti iuris est ».

L. 3 C. h. t. (Idem): « Ex placito permutationis re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem ».

L. 4 C. h. t. (Idem): « Cum precibus tuis expresseris placitum inter te et alium permutationis intercessisse eumque fundum a te datum vendidisse, contra emptorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negasti. — § 1. Secundum fidem autem placiti, si stipulatio subsecuta est, successores eius, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis: si vero nulla stipulatio intercessit, praescriptis verbis actione (1), ut vel fides placiti servetur tibi vel, quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur » (2).

---

1) Qui si sente il bisogno di aggiungere *aut condictione*; vedi ciò che segue e cfr. anche la successiva L. 5.

2) Si ha qui occasione di ricordare come Gradenwitz *Interpolationen* pag. 123 e segg. abbia affermato essere l'*actio praescriptis verbis* un'invenzione dei compilatori, mentre la giurisprudenza classica avrebbe conosciuto un *praescriptis verbis agere*, ma non l'*actio* suddetta. Tale dottrina dell'esimio prof. tedesco, in base

L. 5 C. h. t. (Idem): « Quoniam adseris patrem tuum ei contra quem preces fundis ea condicione dedisse fundum, ut invicem domum certam acciperet, aditus praeses provinciae placitis eum parere vel, si causam, propter quam fundus datus est, sequi non perspexerit, condictionis ratione datum restituere, sicut postulas, iubebit » (1).

## § 15.

## Il contratto estimatorio *

Nozione — Questioni (pag. 405)

244. — NOZIONE. Taluno consegna ad un altro una cosa affinchè la venda per un certo prezzo, e quest'altro

---

alla quale vennero segnalate molte interpolazioni, ebbe largo seguito; ma ora, specialmente sulla guida di Naber nella *Mnemosyne* N. S. a. 22 [a. 1894] pag. 70 e segg., si inclina a ritenere nuovamente classica l'espressione e l'azione in discorso. Cfr. in particolare Lenel *Edit* vol. 2 pag. 18 n. 1. (Ed è qui doveroso ricordare il dissenso in confronto di Gradenwitz subito manifestato dal nostro prof. Cogliolo nell'*Archivio giurid.* vol. 41 [a. 1888] pag. 194 e segg. e ugualmente *Storia del dir. priv. rom.* vol. 2 pag. 220 e segg.; a prescindere ora dall'esame delle sue controragioni). L'avvertimento fatto vale analogamente per altri testi che avremo da vedere nei paragrafi seguenti di questo capitolo. — La menzione qui fatta di una delle preziose *Observatiunculae de iure romano* di Naber, avente per titolo precisamente « de praescriptis verbis actione », ci induce a ricordare quella che precede, la quale si intitola « ad actionem de aestimato » (pag. 68 e segg.) e la successiva « de actione quae competit ex rerum permutatione » (pag. 82 e segg.). Sono le materie dei paragrafi che ci occupano.

1) Aggiungi a questi passi trascritti le rimanenti leggi del presente titolo del Codice nonchè la L. 16 D. *de condict. causa data* 12. 4 ed il § 28 I. già trascritto in parte a pag. 390 n. 1.

*) Dig., tit. *de aestimatoria* (scil. actione) 19. 3.

si obbliga verso il tradente a prestargli tal prezzo *(aestimatio)* o restituirgli la cosa stessa.

Ecco il *contratto estimatorio (aestimatum)* (1); di cui la pratica applicazione ed importanza apparisce chiara, quando si pensi ad un fabbricante o negoziante all'ingrosso per la persona che dà, ad un negoziante al minuto, dettagliante (come si usa dire) o addirittura girovago (*circitor*), per la persona che riceve (2).

---

Il presente contratto ha fatto oggetto di parecchi lavori speciali. I migliori sono i due italiani seguenti: N. Coviello *Del contratto estimatorio* nella *Riv. ital. per le scienze giurid.* vol. 15 e 16 [a. 1893] rispettivamente pag. 363 e segg. e 3 e segg. (con quadro delle relative monografie a principio); De Medio *Il contractus aestimatorius* Messina 1900 (recensione di R. de Ruggiero nella Rivista *La Cultura* N. S. a. 20 [1901] pag. 11 e segg.); lo scritto del prof. N. Coviello è in prevalenza civilistico, mentre sopratutto romanistico è quello del prof. De Medio (con quadro bibliografico completo e ben diviso a principio). — Aggiungi: Glück *Comment.* cit. a pag. 390 n.*, pag. 379 e segg.; Accarias *Théorie* ivi cit., pagg. 77-78, 263 e segg., 279 e segg., e passim (colla riserva ivi fatta); R. Leonhard v. *Aestimatorius contractus* nella *Encyclop.* di Pauly-Wissowa vol. 1 col. 691-2; Thaller *A propos du contrat estimatoire* nella pubblicazione *Mélanges Ch. Appleton* Lyon - Paris 1903 pag. 637 e segg. (studio interessante di diritto romano e moderno ad un tempo); G. A. Palazzo *Il contratto estimatorio*, Nota al citato scritto di Thaller, nell'*Archivio Giurid.* vol. 74 [a. 1905] pag. 159 e segg.

1) L'espressione fu criticata giustamente come troppo vaga e tale da poter dare anche luogo ad equivoco; cfr. da ultimo Coviello e De Medio citt., rispettivamente vol. 15 pag. 366 e pag. 4.

2) Cfr. L. 5 § 4 D. *de instit. act.* 14. 3. *Scrutarius* trovasi detto l'accipiente in A. Gell. 3. 14. 10, riportando Lucilio; l'espressione è ignota alle fonti giuridiche. — I Tedeschi hanno la voce *Trödler* (rivendugliolo, rigattiere) donde *Trödelvertrag (contract)* pel negozio e qualche altra voce correlativa. Siffatta denominazione

Dice bene Costa [1] che tale contratto « dovette presentarsi, non appena assunsero in Roma largo sviluppo i commercî e vi si avanzò il costume dei grandi commercianti di affidare ad altri a vendere al minuto parte delle mercanzie raccolte nei loro magazzini ». — L'Editto lo dà quale tipo dei contratti innominati ed esempio del diritto di agire *praescriptis verbis (actio de aestimato, actio aestimatoria)* [2]; quindi probabilmente fu il primo ad essere riconosciuto [3].

L'accipiente, come abbiamo detto, deve dare al *tradens* il prezzo fissato o restituirgli la cosa. — Quando, come accade per lo più, si sia stabilito un termine dentro cui la cosa debba restituirsi non venendo essa venduta, una volta trascorso tal termine l'accipiente, si capisce, rimane obbligato a dare in via assoluta l'*aestimatio*. — L'accipiente, anzichè vendere ad un terzo, potrebbe naturalmente tener la cosa per sè, dando l'*aestimatio*. — Vendendo, egli profitta dell'eventuale eccedenza (come,

---

vien criticata da Leonhard cit. in n. * a pagg. 402-403 e Thaller ivi cit. pag. 646 (nell'estr. pag. 10); mentre se ne contentano, pare, Coviello loc. cit. e De Medio pagg. 4-5, il quale ultimo prende anzi a prestito, per comodità, l'espressione tedesca.

[1]) *Corso* vol. 2 pag. 298.

[2]) Vedi pag. 390 n. 1 e cfr. anche, tra gli altri, Dernburg *Dir. delle obblig.* pagg. 24 e 522 n. 3.

[3]) Ma Costa stesso, ora citato, ivi n. 75, esclude le pretese testimonianze plautine (*Merc.* 1. 1. 94-97; *Capt.* 2. 2. 101 e 2. 3. 4) a favore del riconoscimento di codesto contratto già nel 6° secolo di Roma. Esso verosimilmente è da ritenersi accolto sul finire della Repubblica o nei primi tempi dell'Impero, come affermano fra gli altri da ultimo De Medio cit, pag. 6 e segg., e Costa cit.

d'altra parte, se ricavasse un prezzo inferiore, questo di meno andrebbe a suo danno). È appunto la speranza di tal lucro eventuale che d'ordinario lo spinge al contratto. Ma potrebbe anche venir pattuito un particolare compenso, che l'accipiente abbia da conseguire in ogni caso [1]. — Quanto all'oggetto, è certo più confacente alle condizioni del negozio e quindi più frequente che si dia da vendere una cosa mobile, e concordano le fonti le quali soltanto di cosa mobile fanno menzione; ma d'altronde non repugna alle stesse condizioni del negozio, come nemmanco alla giuridica essenza del medesimo, che l'oggetto sia immobile [2].

245. — QUESTIONI. Intorno al contratto estimatorio si fanno numerose e importanti questioni; le quali ne rendono interessante la dottrina giuridica ed abbastanza estesa l'esposizione.

246. — Per non dire di qualche questione oziosa ormai tramontata, la disputa oggi viva comincia ad agitarsi già in rapporto alla natura giuridica del presente negozio. È desso veramente un contratto autonomo, a sè stante? o non rientra piuttosto nella rispettiva sfera di altri noti contratti, tutti i quattro consensuali, vendita, locazione, società, mandato? — Tale questione risale fino agli stessi

---

[1]) Tale compenso si cumula coll'eventuale di più della *aestimatio*. De Medio, pagg. 68-69, menziona e combatte quegli autori i quali hanno sostenuto il contrario, cioè che il ricevente non abbia più diritto all'eccedenza quando sia stata convenuta a suo favore una mercede.

[2]) Pochi autori, a torto, hanno voluto addirittura escludere che un immobile possa formar oggetto del contratto estimatorio; anche questi sono indicati da De Medio pag. 67 n. 1.

giureconsulti romani; con maggior larghezza viene svolta poi dagli autori, anche dai più recenti; l'ultimo a fare una trattazione completa dell'argomento, il prof. De Medio, segnala la suddetta controversia come punto di speciale importanza, soggiungendo che difendere l'opinione dominante, indicare le vere ragioni per le quali si deve riconoscere che il contratto estimatorio è un contratto a sè, è ciò che anzitutto egli ha voluto fare nel suo scritto speciale sull'argomento (1). E noi pure ci uniremo all'opinione dominante che afferma l'indipendenza del nostro contratto, dimostrandone la differenza in confronto degli altri contratti summenzionati. — Lo faremo però con brevità; non solo per l'indole generale della presente pubblicazione, ma anche pel convincimento in noi formatosi che la controversia sia stata ingrossata dagli autori e quindi con vantaggio possa venir resa più semplice (2).

*a) Vendita.*

Alla vendita pura e semplice come assorbente il nostro contratto *(propter aestimationem)*, non si può seriamente pensare. — Infatti tosto si rileva che il contratto estimatorio può dar luogo alla restituzione della cosa anzichè al pagamento del prezzo, mentre a quest'ultimo effetto soltanto tende la compravendita. – Anche quando poi si giunga al pagamento della *aestimatio*, ciò in massima non è effetto di acquisto della cosa da parte del

---

1) Vedi * a pagg. 402-403; ivi la prefazione.

2) Leggendo appunto De Medio pag. 20 e segg. ed anche Coviello pag. 399 e segg. che con tanta diligenza espongono e criticano le opinioni dei diversi scrittori, tale apprezzamento si ingenera facilmente, parmi.

ricevente nel contratto estimatorio, bensì deriva da vendita che il medesimo ha fatto ad altri della cosa stessa; il ricevente suddetto in generale non ha intenzione di acquistare la cosa, intenzione che ha invece il compratore, ma vuole semplicemente conseguire un profitto curandone la vendita al maggior prezzo possibile. Può ritener per sè, è vero, l'oggetto, prestando l'*aestimatio*; ma questa non è la norma, e la corrispondente intenzione o volontà contrattuale o è addirittura posteriore alla conclusione del contratto, ovvero è sussidiaria se contemporanea (1).

Quest'analisi della diversa intenzione o volontà contrattuale nei due negozî, la compravendita ed il nostro, è sufficiente ad escludere puranco che il contratto estimatorio sia una compravendita condizionata; dottrina la quale, sebbene vanti qualche seguace autorevole (2), si manifesta debole e imperfetta già per l'incertezza e discordia degli scrittori nel determinare il carattere ed il contenuto della condizione (3).

---

1) Cfr. su quest'ultimo punto specialmente De Medio pagg. 28-29.

2) Da ultimo Thaller nello scritto speciale citato in n. * a pagg. 402-403, ivi pag. 650 e segg. (nell'estratto pag. 14 e segg.).

3) Cfr. specialmente lo scritto di Palazzo citato in n. * ivi, pag. 165. Palazzo combatte anche l'esegesi di Thaller; del che ci occuperemo riproducendo i testi alla fine del paragrafo. — Per la nostra obbiezione cfr. De Medio pag. 35: « L'intenzione dei contraenti ci deve essere di guida sicura nella disamina, ed è sempre il loro volere, desunto dalle circostanze di fatto che accompagnano la conclusione del negozio giuridico, che distinguerà parimenti il contratto estimatorio dalla vendita sottoposta a condizione, sia essa sospensiva o risolutiva ».

*b) Locazione.*

S'intende *locatio conductio operarum* od *operis*, come appare anche chiaramente nelle fonti [1]. — Anche qui le differenze si avvertono senza sforzo. Ricordiamo i due elementi essenziali della suddetta *locatio*: *operae* od *opus* da una parte; una certa mercede dall'altra. Ora il primo elemento può mancare nel nostro contratto, perchè l'*accipiens* non è astretto assolutamente a vendere e dare l'*aestimatio*. Quanto al secondo elemento, anche questo può mancare; chè la pattuizione di un compenso all'accipiente, se non altera la natura dell'*aestimatum*, è però estranea all'essenza del medesimo, non ne costituisce punto un requisito; e quando si volesse poi asserire equivalente alla mercede della *locatio* l'eccedenza del prezzo di vendita sulla *aestimatio*, basterebbe osservare in contrario che tale eccedenza è affatto aleatoria e di entità incerta, mentre la mercede nella locazione è immancabile e certa.

*c) Società.*

È un elemento subbiettivo, l'*animus contrahendae societatis*, che tiene distinti i due contratti; e vale pure tale criterio a risolvere una nota apparente antinomia di due testi di Ulpiano a questo punto pertinenti, che poscia vedremo. Di modo che quando ai noti elementi obbiettivi del contratto estimatorio si aggiunga quest'altro ele-

---

[1]) Solo per svista ebbe a dire Coviello, pagg. 406-407, che i giureconsulti romani si sono preoccupati di distinguere il contratto estimatorio anche dalla locazione di cose, mentre ne è evidentissima la diversità; alla *locatio rei* essi non hanno punto pensato. Coviello fu preceduto da altri in tale svista; e parmi lo segua ora Thaller cit., pag. 650 (pag. 14).

mento subbiettivo, il rapporto muta e diventa società; ma, per converso, da quest'ultima rimane distinto, ed è rapporto di *aestimatum*, quando il detto elemento subbiettivo manchi.

Dice bene e chiaramente il prof. N. Coviello [1]: « Il fatto, base materiale del rapporto giuridico è il medesimo: *ti do una cosa da vendere per un prezzo determinato*. La conseguenza ultima a cui si vuol giungere è sempre la stessa: *io voglio il prezzo di stima, tu potrai approfittarti del di più ritratto dalla vendita*. Però in un caso ho intenzione di stringere teco così una società, nell'altro no. Qual'è l'effetto di questa diversa intenzione? 1) Se voglio stringere una società e tu t'accordi in questo con me, bisogna che tu ed io vogliamo anche tutte le conseguenze che naturalmente derivano da tale specifica comune volontà. Ora, se in forza dell'intenzione di far società insieme, io son costretto a mettere in comune la *res vendenda*, tu devi metterci di tuo la tua abilità, la tua industria: altrimenti non vi avrebbe società. Tu dunque sei obbligato a far di tutto per vendere. 2) Ma quando non havvi quell'intenzione, l'*accipiens* non ha altro obbligo che o di restituire la cosa o pagare il prezzo di stima, a sua scelta, egli non è obbligato ad impiegare la sua attività; dunque non è obbligato a metter nulla in comune; dunque non v'è società. — Abbiamo trovato così la differenza caratteristica tra società e contratto estimatorio, e in base appunto all'intenzione dei contraenti. La differenza è, che nel contratto

---

[1]) Pagg. 415-416.

estimatorio l'obbligato ha facoltà o di conchiudere il contratto di compravendita o di astenersene restituendo la cosa; il che non può seguire se si è voluto fare una società, poichè dovendo esserci sempre la messa sociale, sia pure in attività personale, questa manca, accordandosi quella facoltà. Dunque il contratto estimatorio si distingue essenzialmente dalla società ».

*d) Mandato.*

Una prima differenza, che già Ulpiano nota e successivamente tutti gli autori ripetono, si ha in questo, che nel contratto estimatorio, diversamente dal mandato, può essere pattuita una retribuzione. — In secondo luogo l'obbligazione ond'è vincolato l'*accipiens* nel contratto estimatorio è in un certo senso più rigorosa di quella che incombe al mandatario. « Infatti, come osserva da ultimo De Medio [1], mentre questi si libera da ogni obbligo col gerire coscienziosamente l'affare oggetto del mandato, quegli invece deve sempre rispondere dell'*aestimatio*, a meno che non voglia restituire la cosa, anche quando abbia agito con buona volontà e rettitudine per riuscire nello scopo. Nè varrebbe obbiettare che il maggior rigore sfuma se egli può restituire la cosa, giacchè è da considerare che la facoltà della restituzione rappresenta appunto l'elemento moderatore introdotto per attenuare la grave responsabilità, la quale esiste di per sè ». — D'altra parte il nostro *accipiens* lucra il di più che possa trarre dalla vendita; mentre il mandatario deve rimettere al mandante tutto quanto abbia conseguito nel

---

[1]) Pag. 44.

dare esecuzione all'incarico. — Infine l'*accipiens* suddetto nel vendere la cosa agisce per suo conto e suo interesse, mentre il mandatario nel contrattare agisce per conto e nell'interesse del mandante.

Concludiamo ora ripetendo che se l'*aestimatum* pur presenta analogia notevole con ciascuno dei sopraindicati contratti — se così non fosse, non si sarebbe pensato a raffrontarlo ai medesimi — esso però da ciascuno del pari chiaramente si differenzia. Il contratto estimatorio non è vendita, o locazione, o società, o mandato; bensì un contratto particolare, per sè stante [1].

247. — Dalla natura giuridica del negozio in discorso passiamo ai requisiti od elementi essenziali del medesimo; chè qui pure sonvi dubbî e diverse opinioni.

Si sogliono indicare come requisiti del medesimo i seguenti: 1) Consegna della cosa perchè sia venduta. 2) Stima della cosa stessa. 3) Obbligazione alternativa dell'accipiente di pagarne il prezzo predeterminato oppure di restituirla. 4) Diritto dell'accipiente di ritenere il di più dell'*aestimatio* ritratto dalla vendita.

Ora circa il requisito del nr. 1), concretato rapidamente nella formula *consegna per vendere*, qualche autore, fra cui De Medio [2], vuol ridurlo alla consegna pura e semplice. — I ragionamenti fatti da codesti scrittori non riescono a convincerci. Più particolarmente discutendo

---

[1]) È comune poi la diversità, che quelli sono contratti consensuali, l'*aestimatum* invece uno dei contratti innominati richiedenti, oltre il consenso, l'avvenuta prestazione da parte di uno dei contraenti.

[2]) Pag. 55 e segg. Ivi sono citati gli altri.

con De Medio, egli pur dice, e bene, che « senza dubbio le espressioni dei testi (*vendenda; ut distracta* e simili) qualificano, diremo, la consegna »; come crede con altri, forse affrettatamente in questo, che *vendendum dare* fosse addirittura la denominazione romana del nostro contratto (1). Certo il tradente ha in mira la vendita, quando dà l'oggetto e con pari proposito lo riceve l'altra parte; l'ipotesi di restituzione (come pur quella che il ricevente tenga per sè la cosa) non è che sussidiaria o subordinata a quella della vendita; ed io non so perchè l'egregio collega che ad altro punto invoca felicemente quale criterio decisivo l'intenzione delle parti (2), qui dichiari invece di non volerne tener conto (3).

Passando al nr. 2) par strano davvero che qualcuno abbia negato essere la stima della cosa elemento essen-

---

1) Per questo secondo punto, vedi la prefazione a pagg. 11 e segg. e 20. Noi abbiamo preferito *aestimatum* conforme al § 28 I. trascritto a pag. 390 n. 1; la quale espressione vediamo accolta anche da altri, fra cui Ronga *Instit.* vol. 2 pag. 176, Girard *Manuel* pagg. 585, 587 n. 3 e 590 e Cuq *Les instit.* vol. 2 pag. 444 e segg. Coviello pag. 366 dice che nelle fonti non si dà alcun nome proprio a questo contratto.

2) Pagg. 28-29, 35; per distinguere l'*aestimatum* dalla vendita.

3) Contro De Medio qui vedi anche la recensione del prof. R. de Ruggiero cit. in n. * a pagg. 402-403, pag. 12 il quale segnatamente dice: « Si provi un po' — se è vero che i due oggetti della obbligazione alternativa dell'*accipiens* sono perfettamente corrispondenti ed egualmente importanti nella intenzione delle parti, come dovrebbero ritenersi per giustificare la modificazione introdotta dall'A. (consegna semplice, e non consegna per vendere) — ad invertirne l'ordine: potrà forse dirsi che il contratto estimatorio è quello pel quale vien consegnata ad un terzo una cosa perchè; a) *o la restituisca,* b) *o la venda al prezzo di stima?* »

ziale del nostro contratto, mentre essa evidentemente, come appare dallo stesso linguaggio delle fonti, ne è base e fondamento; il *tradens* vuole realizzare un certo valore dalla cosa sua e perciò la dà da vendere ad un altro, il quale la riceve con tale intendimento e conforme volontà. Non vale certo opporre, come si è fatto, che un'*aestimatio* si presenta o può presentarsi in altri contratti; mentre poi è errato dire, come pure fu fatto, che il contratto estimatorio sussisterebbe anche quando si pattuisse che l'accipiente dovesse vendere la cosa al maggior prezzo possibile (1).

Proseguendo col nr. 3), anche questo elemento essenziale, che strettamente si collega ai due precedenti e compie la figura del negozio in discorso, fu posto in dubbio da qualcuno, adducendo il caso che l'*accipiens* paghi all'atto stesso in cui riceve la cosa il prezzo di essa. Ma in questo caso, è chiaro, non si tratta più di contratto estimatorio. Onde, rimosso il lieve ostacolo, non resta che ripetere, essere l'obbligazione alternativa di prestare l'*aestimatio* o rendere l'oggetto un altro requisito del contratto estimatorio (2).

Infine considerando il nr. 4), a questo requisito si possiamo con De Medio (3) rinunziare. Ma, badiamo bene, non alla cosa in sè, chè il diritto dell'*accipiens* all'eventuale eccedenza sulla *aestimatio* è certamente sicuro ed incontestabile; bensì alla cosa come elemento essenziale

---

1) Cfr. De Medio pag. 58 n. 1 e gli autori ivi citt.

2) Anche qui cfr. De Medio pag. 62 e segg. e gli autori ivi citt.

3) Pagg. 64-65; il quale cita altri nello stesso senso, ma con motivazione errata.

o requisito del negozio; mentre non trattasi che di una conseguenza dei limiti dentro cui è circoscritta l'obbligazione suddetta dell'accipiente (prestare l'*aestimatio* o render l'oggetto).

248. — Controversie ed incertezze vi sono non solamente in rapporto alla natura ed ai requisiti dell'*aestimatum*, ma anche in rapporto agli effetti del medesimo. E qui possiamo indicare come punti incerti o contestati principalmente quelli che seguono: 1) L'*accipiens* diventa proprietario della cosa? 2) Il *periculum* è sopportato dall'*accipiens* oppure dal *tradens?*

1) La questione se l'*accipiens* diventi proprietario, si riferisce, è chiaro, al momento della conclusione del contratto estimatorio, ovverossia al momento della tradizione della *res vendenda*; non essendovi certamente più questione, quando nell'ulteriore svolgimento l'accipiente o tenga per sè la cosa o la venda ad altri, pagando in ambi i casi la *aestimatio* (1), oppure la restituisca.

La dottrina dominante risolve il problema negativamente, e mi pare con ragione, fondandosi sul criterio

---

1) Per il primo di questi casi, certo essendo l'acquisto della proprietà da parte dell'*accipiens*, si può discutere invece *come* avvenga tale trapasso di proprietà. Ed ecco la conclusione di De Medio, pag. 68 n. 1, d'accordo con Bechmann e contro Coviello: « Nel caso del pagamento della stima per ritenere la cosa, la proprietà passa dal *tradens* nell'*accipiens*, non in virtù di una vendita tacitamente conclusa all'atto in cui il ricevente versa nelle mani del proprietario l'importare dell'*aestimatio* (come vorrebbe Coviello), ma in forza del primitivo accordo col quale si volle anche, che concorrendo determinate circostanze il ricevente potesse ritenere l'oggetto (conforme alla dottrina di Bechmann) ».

dell'intenzione dei contraenti, la quale non è certo diretta al trasferimento e rispettivo acquisto della proprietà; la cosa si dà e riceve perchè sia venduta.

Gli avversarî si sono convinti in base ad argomenti che non reggono: il *periculum* incombente sull'*accipiens* (il che è disputato, come vedremo, e comunque non presuppone necessariamente la trasmissione della proprietà); il diritto dell'*accipiens* stesso a ritenere la cosa finchè ne abbia tentato la vendita (ma ciò deriva semplicemente dal contratto e non già da conseguito dominio); il fatto che si parla nelle fonti di *vendendum dare* (ma non siamo obbligati ad intendere qui il *dare* in senso stretto, specifico); ecc. (1).

Ammesso che l'accipiente non diventa all'atto della conclusione dell'*aestimatum* domino della cosa, deriva da ciò chiaramente che egli solo in virtù di mandato può investire del dominio l'eventuale compratore (2).

2) Ultima abbiamo lasciata la questione più dibattuta, alla quale si è già accennato discutendo la questione precedente: i rischi sono a carico dell'*accipiens* oppure del *tradens*? vale a dire, la perdita per caso fortuito della cosa prima che l'*accipiens* l'abbia venduta o restituita al *tradens*, vien sopportata da quello o da questo, in modo che rispettivamente sussista tuttavia per l'*accipiens* l'obbligo di pagare l'*aestimatio* oppure da tale

---

1) D'accordo qui, più ampiamente, De Medio pag. 85 e segg., il quale rileva tuttavia, colla guida di Leist, dei casi in cui per le peculiari qualità dell'oggetto dato da vendere bisogna pur ammettere che l'*accipiens* fin da principio è divenuto proprietario.

2) Ed anche per questo più diffusamente De Medio pag. 91.

obbligo egli sia liberato? La disputa si agita principalmente attorno a due testi contraddittorî, almeno in apparenza, entrambi di Ulpiano, che vedremo e commenteremo dopo nella esposizione esegetica. Qui basti dire che uno di tali passi afferma senza restrizioni la responsabilità sussistente dell'*accipiens*. L'altro invece la limita al caso in cui quest'ultimo abbia, per così dire, dato la spinta al negozio. — Le opinioni e spiegazioni, a partire dalla Glossa fino agli scrittori più recenti, sono molte e diverse; in varia guisa ci si sforza di conciliare i due passi. Da ultimo anche qui fu mutato metodo e strumento di indagine ed il rifiorito studio delle interpolazioni fu esteso con felice risultato, ci sembra, anche a questo punto. Così Dernburg (1) e De Medio (2); quest'ultimo dopo aver esposto e criticato con diligenza ed acume le dottrine dei suoi predecessori (3). Vien reputato precisamente dai detti scrittori che i commissarî giustinianei abbiano malamente tolto da quel passo che sembra esprimere in via assoluta l'onere del *periculum* per l'*accipiens* un brano onde sparirebbe l'antinomia coll'altro passo, affermante che il suddetto onere grava sull'*accipiens* soltanto quando abbia egli provocato il negozio (4). Certo questa dottrina, che distingue in base alle diverse ipotesi di iniziativa nella conclusione del contratto, appare sostanzialmente plausibile e giustificata (5), onde è divenuta già da tempo

---

1) *Dir. delle obbl.* pagg. 522-523 n. 8.

2) Pagg. 82-83.

3) Pag. 70 e segg.

4) Dubita di tal soppressione De Ruggiero cit. pag. 13.

5) Ha torto, io trovo, l'ill. prof. Thaller pag. 654 (nell'estr. pag. 18) contestando la possibilità e praticità della distinzione suddetta.

opinione prevalente fra gli autori; di più concorda con essa un passo delle *Sententiae* di Paolo ed offre buon sussidio di analogia un altro passo, anche questo di Ulpiano come gli anzidetti due testi discussi.

249. — Paul. 2. 4. 4: « Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit, siquidem ego te rogavi, meo periculo perit; si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit ».

L. 5 § 18 D. *de tributoria act.* 14. 4 (Ulp. *29 ad ed.*): « Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desimunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse ».

L. 44 D. *pro socio* 17. 2 (Idem *31 ad ed.*): « Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis ».

L. 1 D. *de aestimatoria* 19. 3 (Idem *32 ad ed.*): « Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aesti-

matoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus (1). — § 1. Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit ».

L. 2 D. h. t. (Paul. *30 ad ed.*) (2): « Haec actio utilis est et si merces intervenit » (3).

---

1) Quanto questo passo abbia dato e dia ancor da fare agli interpreti, è già noto per lo studio della dottrina generale dei contratti innominati. Riferisce e critica le opinioni di diversi autori De Medio pag. 92 e segg., al solito con diligenza ed acume. Da ultimo vedi Lenel *L'Edit* vol. 2 pagg. 16-17 (cfr. *Palingen.* vol. 2 col. 642 n. 2): « Il testo nella parte autentica tratta evidentemente dell'*actio de aestimato.* Il brano *quotiens enim — bona fide* è senza dubbio interpolato; ciò per varie ragioni concorrenti, ma specialmente per l'assurda dichiarazione messa in bocca ad Ulpiano, che ogniqualvolta vi fosse incertezza sull'azione da esperirsi si potesse far uso dell'*actio aestimatoria.* Siffatta interpolazione ha d'altronde, e per la sostanza e per il posto che occupa, un valore storico; come quella che fa vedere come la teoria generale dell'*actio praescriptis verbis* si collegasse all'*actio de aestimato* proposta nell'Editto. Il Pretore con tale azione avea dato un esempio del modo come si potevano trattare, nel rispetto processuale, i contratti che non entravano in alcuna delle note categorie. È abbastanza naturale che i giureconsulti si abituassero a considerare come avente portata e applicazione generale la suddetta *actio de aestimato* emanata per un caso speciale; non eravi infatti nell'Editto alcun'altra *actio praescriptis verbis,* ed in ispecie non vi era una simile azione per la permuta (cfr. qui pag. 399 n. 1); meno ancora si potrebbe credere che l'Editto avesse proposto un formulario per l'*actio praescriptis verbis* generale ». E l'A. continua con indagini interessanti rispetto alla formula delle due menzionate azioni.

2) 34 *ad ed.*, corregge Lenel *Paling.* vol. 1 col. 1039 n. 2 e *Edit* vol. 2 pag. 16 n. 3.

3) In base a questa legge vari autori (dei nostri p. es. Doveri

L. 13 pr. D. *de praescr. verbis* 19. 5 (Ulp. *30 ad Sab.*): « Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes [1], placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in (*cum?*) eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit ».

L. 17 § 1 D. h. t. (Idem *28 ad ed.*): « Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum [2]: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam

---

*Istitus. di dir. rom.* 2 ed. Firenze 1866 vol. 2 pag. 124 e da ultimo Brugi *Istitus.* cit. a pag. 69 n. 3, parte 2 pag. 129) parlano di una *actio aestimatoria utilis* per conseguire il pattuito compenso. Ma il senso del testo mi pare proprio diverso, e cioè che l'*actio aestimatoria* ha del pari luogo anche se fu stabilita una mercede, non mutando natura per questo il nostro contratto (*utilis* quindi nel senso generale di efficace, valido; e non si trascura l'*et*). Così infatti intendono altri, fra cui degli autori generali Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 72, e degli scrittori speciali Coviello pag. 397, De Medio pagg. 68-69 e 106 (De Medio stesso invoca questo passo, così interpretato, per combattere chi non ammette il cumulo della mercede col di più dell'*aestimatio*; cfr. pag. 405 n. 1).

[1]) Come sarebbe errore dedurre da questo brano la necessità di una concessione *esplicita* del diritto all'eccedenza, fu già ripetutamente rilevato; cfr. anche la traduzione di Glück cit. a pag. 390 n. *, pag. 384 nota *l.*

[2]) Cfr. L. 11 D. *de reb. cred.* 12. 1 (Ulp. *26 ad ed.*) trascritta a pagg. 163-164.

mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis » [1].

## § 16.

## Il precario *

Nozione — Confronto col commodato (pag. 424)

250. — NOZIONE. Argomento grave e difficile questo del precario [2]. Ma noi non avremo da studiare qui dif-

---

[1]) Per l'azione derivante dal presente contratto vedi anche il brano del § 28 I. trascritto a pag. 390 n. 1. Cfr. la Parafrasi greca, pag. 432, la quale spiega anche il negozio, come segue: « ... (trad. lat.) praescriptis verbis, quae aestimatoria vocatur. locus autem ei est, cum rem aestimatam, veluti ornamentum vel aliud quidlibet eiusmodi, tibi vendendam tradam dicens *aut* C aureos aut rem ipsam mihi restituas ..... ».

*) Paul. 5. 6. 10-12; Dig., tit. *de precario* 43. 26; Cod., tit. *de precario et Salviano interdicto* 8. 9.

Scialoja *Sopra il precarium nel dir. rom.* Roma 1878, buona tesi di laurea, dichiarata meritevole di stampa, e *Il possesso del precarista* negli *Studî giurid. e storici per l'VIII Centenario dell'Università di Bologna* Roma 1888 pag. 223 e segg. (con indicazioni bibliografiche a principio); Jhering *Op. cit.* a pagg. 360 e 361 n. 3, pag. 331 e segg.; Fustel de Coulanges *Hist. des institut. politiques de l'ancienne France, Les origines du système féodal* Paris 1890 pag. 63 e segg. (*Le précaire romain*); Ferrini *Op. cit* a pag. 253 n.*, pag. 38 e segg. (vol. 53 pag. 45 e segg.; pag. 264 e segg.); Ubbelohde *Op. cit.* a pagg. 360-361 n. 3, pag. 198 e segg. e nella traduzione italiana ora uscita pag. 159 e segg. (con indicazioni bibliografiche a principio); Cornil *Traité de la possession* cit. ivi, pag. 68 e segg. — Aggiungi ancora: Pivano *I contratti agrari in Italia nell'alto medio-evo* Torino 1904 pagg. 37 e segg. e 114-115, e Schupfer *Precarie e livelli nei documenti e nelle leggi dell'alto medio evo* nella *Riv. ital. per le scienze giur.* vol. 40 [a. 1905] pag. 1 e segg. e 137 e segg.; specie per noi questo secondo scritto, dove l'A., raffrontando, fa sommariamente un'esposizione completa o quasi del precario romano (vedi pag. 10 e segg.).

[2]) Di ciò ebbero ed hanno ben coscienza gli scrittori. Ecco

fusamente tale istituto nella sua molteplice essenza ed importanza. Crediamo opportuno e ragionevole, per l'economia della trattazione ed in riguardo alla parte speciale del sistema pandettistico che stiamo svolgendo, di escludere dall'esposizione nostra le dibattute controversie storiche sull'origine e sviluppo del precario nonchè sull'importanza politico-sociale del medesimo (1); come pure la grave questione del possesso del precarista ed ancora ciò che si attiene particolarmente alla dottrina dell'*interdictum de precario* (2). In tal guisa l'esposizione nostra può essere rapida e facile. Particolarmente ci occuperemo di confrontare il presente contratto col contratto affine di commodato, come poco più addietro abbiamo particolarmente confrontata la permuta colla compraven-

---

da ultimo il prof. Cornil sopracitato, il quale parla ancora (pag. 75) della « obscurité opaque, qui entoure toute la matière du *precarium* romain » ed il prof. Schupfer pure sopracit., pag. 18, il quale ripete ancora con Savigny che « il precario ha nelle fonti del diritto romano tutta l'aria di un enigma ».

1) In quest'ultimo riguardo si è anche esagerato, specialmente da Fustel de Coulanges nello scritto sopracitato. Come osserva bene Guiraud (nel suo libro *Fustel de Coulanges* Paris 1896 pagg. 45-46) questo eminente autore ha cercato nell'istituzione del precario la chiave della storia interna di Roma fino all'età imperiale. Ciò è senza dubbio eccessivo. Non sorprende d'altronde; sapendo noi come l'illustre scienziato, tanto acuto e dotto, fosse però non di rado unilaterale.

2) Queste indagini e discussioni appartengono alla storia del diritto romano e pei due ultimi punti ancora rispettivamente alla teorica del possesso ed a quella degli interdetti. Colle riserve nostre non sono d'altronde in contraddizione varie delle indicazioni bibliografiche date sopra, n.*; poichè gli autori più speciali ivi menzionati sono pur indotti di necessità a parlare in generale, più o meno diffusamente, dell'istituto.

dita. Come là così qui, nel confronto si completa ed appare più spiccata la dottrina del contratto in discorso.

251. — Il precario *(precarium, precarii* o *precario rogatio)* è la concessione gratuita dell'uso in genere di una cosa od anche dell'esercizio in genere di un diritto, fatta d'ordinario dietro preghiera dell'interessato *(precibus petens*; dalla preghiera il nome del contratto) e con facoltà pel concedente di revocarla a piacimento (1).

Siffatto rapporto acquista carattere e valore di contratto, e particolarmente di contratto innominato, soltanto nell'avanzata età imperiale. — L'origine sua più probabile va ricercata nell'antica istituzione della clientela, dove il precario può apparire quale mezzo adoperato dai *patroni* o *patres* per provvedere ai bisogni dei loro clienti; precisamente col concedere il godimento di porzioni dei fondi dell'*ager publicus* che quelli avevano occupato (2). La facoltà di revocare *ad nutum* deriva

---

1) A completare la terminologia, notiamo che nelle fonti si veggono indicate con circonlocuzioni le parti, *qui precario rogavit* e *qui precario concessit* o simili; donde nei commentatori *precario rogans* o *accipiens* o *possidens* o *habens* per l'uno dei contraenti e *precario concedens* o *dans* o *rogatus* per l'altro; le quali espressioni sono usate largamente anche dai moderni. Noi, italianamente, diciamo *precarista* o *utente precario* chi riceve e *concedente* chi dà; salvo poi anche per noi le circonlocuzioni. Avvertasi infine, risalendo di nuovo alle fonti, che anche qui la parola denotante il negozio (*precarium*) si adopera pure per indicare l'oggetto del medesimo. — Ed anche qui vedi e cfr. i dizionari giuridici.

2) Fest. v. *Patres* in Bruns *Fontes* p. 2 pag. 22: « Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes adtribuerant tenuioribus ac si liberis propriis ». — La suddetta dottrina sulla origine del precario deriva da un'ipotesi emessa da Savigny

allora senz'altro dalla posizione di superiorità del patrono in confronto del cliente. — Il rapporto stesso sopravvive alle circostanze e condizioni che l'hanno fatto sorgere ed acquista carattere e sviluppo generale. Cessata la prisca connessione colla clientela, si presenta la necessità di tutelare particolarmente il *precario dans* nel suo diritto di ricuperare la cosa dal *precario accipiens*, mentre egli non aveva che il mezzo generale della *rei vindicatio* in quanto fosse proprietario della cosa; ed ecco il particolare *interdictum de precario* a lui concesso. Più avanti, si afferma la considerazione del rapporto personale od obbligatorio fra concedente e concessionario (1), il qual rapporto appare analogo a quello che esiste fra locatore e conduttore (2) o meglio ancora fra commodante e commodatario; al concedente si dà un'azione personale contro il precarista.

Se in questo svolgimento il precario appare come un negozio frequente ed importante — che dagli immobili (conforme all'origine storica tracciata) si estende alle cose mobili e puranco ai diritti, e trova applicazione specie nella costituzione di pegno *(fiducia* e *pignus)* e

---

(*Traité de la possession en droit romain*, trad. di Staedtler sulla 7 ed. originale tedesca, 3 ed. Bruxelles 1879, pagg. 183 e 450 e segg.) collegandosi a Niebuhr, ipotesi divenuta via via, malgrado i dubbî da qualcuno espressi, *communis opinio*; cfr. anche da ultimo Costa *Corso* vol. 2 pag. 298, Cuq nella 2ª ed. del vol. 1 delle sue *Instit. jurid.* Paris 1904 pag. 56 e Cornil cit. pagg. 70-71.

1) Giustamente osserva Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 56 n. 2 che non nella maggior parte dei testi si rileva tal natura contrattuale del rapporto.

2) Qui puoi confrontare Scialoja *Il possesso del precarista* cit. in n.* a pag. 420, pag. 233 e segg.

nella vendita con *lex commissoria* o *in diem addictio* — nel diritto giustinianeo invece la rilevanza e frequenza sua dovette essere notevolmente diminuita (1).

252. — CONFRONTO COL COMMODATO. Più che con ogni altro negozio il precario, come abbiamo detto, presenta analogia col commodato; analogia dichiarata decisamente dalle stesse fonti. Onde si spiega che non di rado i due contratti si susseguano nei trattati generali (2) e vi sieno scritti speciali che studiano l'uno e l'altro istituto; come pure si comprende l'affermazione fatta da taluno, che il precario finisce per essere un commodato alquanto più ampio (3).

---

1) Confronta per quest'ultima dichiarazione Serafini *Istituz.* vol. 2 pag. 157 (forse eccessivo nell'espressione usata), Brugi *Istituz.* p. 1 pag. 233 e Bonfante *Istituz.* pagg. 435-436. Pure concorde, più diffuso naturalmente, Scialoja *Il possesso del precarista* cit. pagg. 235-236: « Procedendo nella storia, il primitivo concetto del precario continuò sempre a perdere della sua forza ... Nella legislazione giustinianea, dove è riconosciuta anche la proprietà revocabile, la cui mancanza in antico aveva dato luogo a parecchie applicazioni del precario, l'importanza del nostro istituto era ancora diminuita. Basta dare un'occhiata al titolo del Codice *De precario et Salviano interdicto* (8, 9) e notare che al precario vi è dedicata una sola legge, per persuadersi di ciò; poichè lo spazio concesso nel Codice ad un istituto è assai migliore indice del valore pratico di questo, che l'ampiezza datagli nelle Pandette, dove tanto maggiore è l'influenza del diritto classico regnante per tradizione nelle scuole giuridiche ». Diversamente invece Ubbelohde cit. in n. * a pag. 420, pagg. 267-268.

2) Vedi p. es. Ferrini *Manuale* pagg. 671-672 e più strettamente ancora Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pagg. 50 e 55, Dernburg *Dir. delle obbl.* pagg. 362 e 367, Cuq *Les instit.* 1 ed. vol. 2 pagg. 391-392.

3) Così Bonfante *Istituz.* pag. 434 n. 1, e vedi anche pag. 436.

D'altra parte non mancano fra i due contratti le diversità [1]; di cui qualcuna, saliente, già avemmo occasione di notare trattando del commodato. Abbiamo rilevato allora la differenza che cose incorporali, specie diritti di servitù, possono formar oggetto di precario, mentre sono da ritenersi incompatibili col commodato [2]; abbiamo rilevato ancora l'altra differenza (la quale per la dimostrazione si congiunge all'anzidetta) che nel precario vien concesso l'uso in generale, senza determinazione o limitazione, il quale uso può estendersi anche al godimento dei frutti, mentre nel commodato la cosa è data semplicemente per un uso particolare, per uno scopo specifico [3]. — Adesso possiamo aggiungere altri punti differenziali già qui apparsi: il precario è contratto innominato; sorge verosimilmente rispetto ai fondi ed abbraccia quindi anche le cose mobili; la concessione fatta è revocabile *ad libitum* (nè potrebbe esser vincolato il concedente dall'eventuale fissazione di un termine). — Ed ancora altre diversità si osservano in confronto della nota dottrina del commodato: Risalendo alla materia del possesso, noi ricordiamo che il precarista suole avere il possesso *ad interdicta* della cosa [4]. Con

---

[1]) Per questo vedi anche Ferrini cit.

[2]) Vedi pag. 262 e segg.

[3]) Vedi pag. 266 e segg.

Da questa differenza Ubbelohde cit., pag. 201 (trad. it. 161) n. 1d, ricava come conseguenza l'altra, che mentre cose consumabili possono eccezionalmente formare pur oggetto di commodato stabilendosene un uso anormale che non implica il *consumere*, altrettanto non è possibile pel precario, stante la pienezza di uso propria di quest'ultimo.

[4]) Qui rinviamo alle dichiarazioni di esclusione e riserva fatte

strana deviazione dai principî generali (da spiegarsi nel miglior modo storicamente), il precarista non è tenuto che per dolo e colpa lata. Di una ragione contraria a favore del suddetto le fonti non parlano affatto; sicchè se ne esclude l'esistenza. Il precario, se continua dopo la morte del concedente, cessa invece colla morte dell'accipiente; è una liberalità personale rispetto a quest'ultimo.

253. — Paul. 5. 6. 10-12: « Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis, quod precarium habet, restituat; nam et civilis actio huius rei, sicut commodati, competit: eo vel maxime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet. — Precario possidere videtur non tantum qui per epistulam vel qualibet alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis iudicio, patiente tamen domino, possidet. — Heres eius, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam videri possidere; nullae enim preces eius videntur adhibitae [1]. Et

---

a principio della nostra trattazione. Ricordiamo in ispecie tuttavia il bel lavoro del prof. Sciaioja cit. nella bibliografia. Poscia Jhering pure ivi cit., riassunto ultimamente da Cornil pure ivi cit.; si distingue ancora nettamente *precario di detenzione* (casi in cui il precarista è semplicemente detentore) e *precario di possesso* (casi in cui il precarista è possessore giuridico) e si trova questo secondo, che è la regola, giustificato da ragioni pratiche, le quali appaiono esaminando singolarmente i diversi casi. Le indagini ed osservazioni di Jhering compendiate dal prof. Cornil interessano anche per determinare e spiegare le più importanti applicazioni del presente istituto.

[1]) Ceci *Le etimologie* cit. a pag. 48 n. 1, pag. 153 n. 1 osserva qui:

ideo persecutio eius rei semper manebit nec interdicto locus est ».

L. 1 D. *de precario* 43. 26 (Ulp. *1 instit.*): « Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. — § 1. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. - § 2. Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. — § 3. Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat » (1).

L. 2 D. h. t. (Idem *71 ad ed.*): « Ait praetor: *Quod precario ab illo habes aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas.* — § 1. Hoc interdictum restitutorium est. — § 2. Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit (2): est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. — § 3. Habere precario videtur, qui possessionem

---

« L'etimologia di *precarium* data dal giureconsulto è esattissima. L'addiettivo *precarius* suona in origine *ottenuto con preghiera, invocato;* poi passa al significato di *incerto, non sicuro, precario* ». Cfr. qui pag. 422.

1) = Fragm. Vindobon. 1. 1 (in Girard *Textes* pag. 466 ed in Lenel *Palingen.* vol. 2 col. 927); pel § 3 cfr. qui pag. 268.

2) « namque — competit », *del. M.*, e cfr. Lenel *Paling.* vol. 2 pag. 842 n. 2.

vel corporis vel iuris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat ».

L. 3 D. h. t. (Gai. *25 ad ed. prov.*): « *(Precario uteris)* (1) veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium (2) vel tignum in parietem immissum habeas ».

L. 4 D. h. t. (Ulp. *71 ad ed.*): « In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit (3). — § 1. Meminisse autem nos oportet eum, qui precario habet, etiam possidere. — § 2. Tenetur hoc interdicto non utique ille, qui precario rogavit, sed qui precario habet: et enim fieri potest, ut quis non rogaverit, sed habeat precario. utputa servus meus rogavit: mihi adquisiit precarium: vel quis alius, qui iuri meo subiectus est. — § 3. Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario idcirco, quia receptum est rei suae precarium non esse (4). — § 4. Item qui precario ad tempus ro-

---

1) Cfr. Lenel *Paling.* vol. 1 col. 232.

2) avertas, *ins. M.*

3) Come la sfera primitiva e più propria del precario fosse quella degli immobili, si argomenta chiaramente da questo passo. E solo contemplando gli immobili Isidoro *Orig.* 5. 25. 17 (in Bruns *Fontes* p. 2 pagg. 84-85) definisce il nostro contratto « Precarium est, dum prece creditor rogatus permittit, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere ». La limitazione primitiva del precario ai fondi conferma, come ben fu osservato (cfr. Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 56 n. 2), l'ipotesi comunemente accolta sull'origine del medesimo (pagg. 422-423).

4) Cfr. L. 15 D. *depositi* 16. 3 e L. 45 pr. D. *de reg. iuris* 50. 17 trascritta a pag. 260 e ancora L. 40 § 3 D. *de adquir. vel am. possess.*

gavit, finito tempore, etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur: intellegitur enim dominus, cum patitur eum qui precario rogaverit (1) possidere, rursus precario concedere » (2).

L. 6 §§ 2 e 4 D. h. t. (Ulp. *eod.*): « Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident. — Quaesitum est, si quis rem suam pignori mihi dederit, et precario rogaverit, an hoc interdictum locum habeat. quaestio in eo est, ut precarium consistere rei suae possit. mihi videtur verius precarium consistere in pignore, cum possessionis rogetur non proprietatis, et est haec sententia etiam utilissima: cottidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt, et debet consistere precarium » (3).

L. 8 § 3 D. h. t. (Idem *eod.*): « Eum quoque precario

---

41. 2 e L. 1 § 11 D. *de itinere actuque priv.* 43. 19. Un'eccezione però vi ha nel precario concesso dal creditore pigneratizio al debitore; vedi pag. 260 cit. e qui più avanti L. 6 § 4.

1) « qui precario rogaverit », *del. M.*

2) Cfr. L. 14 D. *locati cond.* 19. 2 e L. 6 pr. D. h. t. 43. 26 (Ulp. *71 ad ed.*).

3) Probabilmente la fine del testo è interpolata; anche per la frase esagerata *capita tutti i giorni* già da noi con Pernice segnalata come sospetta a proposito di un altro passo (pag. 169). D'altronde vari altri passi delle Pandette potrebbero qui citarsi, che trovansi addotti da Scialoja *Possesso* pag. 233 n. 4 e Ubbelohde cit. pag. 272, e cfr. anche Isidoro trascritto a pag. 428 n. 3. Per la *fiducia*, analogamente; vedi Gai. 2. 60 trascritto a pagg. 236-237 e pei passi del Digesto interpolati Scialoja cit. n. 2 e Ubbelohde loc. cit. confrontando con pag. 240 i. f. qui.

teneri voluit praetor, qui dolo fecit, ut habere desineret. illud adnotatur, quod culpam non praestat is qui precario rogavit, sed solum dolum praestat, quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat (1). nec immerito dolum solum praestat is qui precario rogavit, cum totum ex liberalitate descendat eius qui precario concessit et satis sit, si dolus tantum praestetur. culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit » (2).

---

1) Cfr. L. 23 D. *de R. I.* 50. 17; ma vari autori reputano qui interpolata la menzione del precario. Vedi da ultimo De Medio in *Bullett. dell'Istit. di d. r.* a. 17 [1905] pag. 14 n. 1 e gli autori dal medesimo citt.

2) Per ragioni sostanziali e formali giudica da ultimo interpolata questa proposizione finale (« culpam — dixerit ») il prof. De Medio (loc. cit. pag. 12 e segg.); secondo il quale nel diritto classico il precarista non avrebbe risposto che per dolo e la responsabilità inoltre per *culpa lata* si sarebbe introdotta dai compilatori per via di interpolazioni. L'egregio A. chiama a confronto i §§ 5 e 8 della stessa L. 8, che parlano soltanto di dolo, e d'altra parte il § 6 della L. 8 ugualmente e la L. 14 § 11 D. *de furtis* 47. 2 (che nell'elenco delle fonti poscia trascriviamo) i quali testi parlano invece anche di colpa, ma sarebbero interpolati analogamente al testo presente (L. 8 § 3). Reputando poi De Medio che soltanto nel diritto giustinianeo il precario sia divenuto un contratto obbligatorio, ecco che egli accenna a ricavare da ciò un argomento, non irrilevante, in favore delle segnalate interpolazioni. « Difatti, se è solo con Giustiniano che il precario diventa un contratto obbligatorio, non è anche verosimile che ad esso appartenga questo ulteriore regolamento della responsabilità del precarista (estesa dal dolo alla *culpa lata*) » ? D'altronde lo scritto interessante di De Medio (intitolato *Studî sulla « culpa lata » in dir. rom.* e non ancora compiuto) di cui fanno parte le osservazioni critiche sul precario qui riassunte, tende a dimostrare che in generale la regola stessa della parificazione

L. 12 D. h. t. (Celsus *25 digest.*): « Cum [1] precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Julias precario possideat, nunquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. — § 1. Precario rogatio et ad heredem eius qui concessit transit: ad heredem autem eius qui precario rogavit non transit, quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est ».

L. 14 D. h. t. (Paul. *13 ad Sab.*): « Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationis et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio ».

L. 15 pr. e § 1 D. h. t. (Pompon. *29 ad Sab.*): « Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus. — § 1. Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt non intelleguntur precario habitare » [2].

L. 19 § 2 D. h. t. (Iulian. *49 digest.*): « Cum quid precario rogatum est non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praescriptis verbis ».

L. 20 D. h. t. (Ulp. *2 respons.*): « Ea, quae distracta sunt, ut precario penes emptorem essent, quoad pretium

---

della *culpa lata* al dolo, o almeno la generalizzazione di tal regola, appartiene ai commissari giustinianei (cfr. in particolare pagg. 11-12 loc. cit.).

[1]) cui, *scr. M.*

[2]) Come questo § 1 non sia in contrasto colla L. 2 C. h. t. si avverte facilmente.

universum persolveretur, si per emptorem stetit, quo minus persolveretur, venditorem posse consequi » (1).

L. 14 § 11 D. *de furtis* 47. 2 (Ulp. *29 ad Sab.*) : « Is qui precario servum rogaverat, subrepto eo potest quaeri an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem (2). plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare : et ideo et furti agere posse » (3).

---

1) Adde: L. 13 § 21 D. *de action. empti vend.* 19. 1; L. 38 pr. D. *de damno inf.* 39. 2; L. 11 § 12 D. *quod vi aut clam* 43. 24; L. 3 C. *de pactis inter empt.* 4. 54.

2) Relativamente all'*actio* (o alle azioni) concessa contro l'utente precario — alla quale si riferiscono, fra i testi trascritti, Paul. 5. 6. 10, LL. 2 § 2, 14, 19 § 2 D. h. t., e ancora quest'ultima L. 14 § 11 D. — sonvi incertezze e difficoltà. (Vedi specialmente Scialoja *Il possesso* cit. pag. 232 n. 1, Windscheid *Dir. delle Pand.* vol. 2 p. 2 pag. 57 n. 3, Dernburg *Dir. delle Obblig.* pag. 369 n. 11, De Medio cit. pag. 14 nonchè gli autori citati). Senza dubbio furono fatte delle modificazioni dai compilatori (e non soltanto in questo gruppo di testi sul precario; cfr. anche qui le note che precedono), ma non è facile determinarle ed oggi poi si inclina a non ritenere più che sia una creazione dei compilatori la *praescriptis verbis actio*, secondo che già abbiamo notato (vedi pagg. 401-402 n. 2).

3) Aggiungi gli altri passi del titolo *de precario* del Digesto, e nel brevissimo titolo *de precario et Salviano interdicto* del Codice la L. 2 già cit. qui a pag. 431 n. 2 (l'altra costituzione, L. 1, parla unicamente dell'interdetto Salviano ed è base di famose discussioni circa la dottrina del medesimo).

Giunti alla fine del paragrafo, ricordiamo il *Corso* di Nani, pag. 366 e segg., pei confronti tra il *precarium* romano e la *precaria* del diritto intermedio. Su ciò in particolare da ultimo i due lavori dei proff. Pivano e Schupfer citati a pag. 420 n.*.

# INDICE

## CAPITOLO TERZO

### I contratti innominati

§ 14. La permuta . . . . . Pag. 390
Nozione — Confronto colla compravendita (pag. 392)

§ 15. Il contratto estimatorio . . . . . » 402
Nozione — Questioni (pag. 405)

§ 16. Il precario . . . . . » 420
Nozione — Confronto col commodato (pag. 424)

Ex. M. P.
2/11/27